

DER DARLEHENSVERTRAG IN
SEINER RECHTLICHEN AUSGESTALTUNG

- Theorien zur Vertragsgestaltung und
praktische Aspekte des Darlehensstreits -

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

JOHANNES DITTRICH

Richter aus Gießen

Marburg 1978

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg

DER DARLEHENSVERTRAG IN
SEINER RECHTLICHEN AUSGESTALTUNG

- Theorien zur Vertragsgestaltung und
praktische Aspekte des Darlehensstreits -

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

JOHANNES DITTRICH

Richter aus Gießen

Marburg 1978



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechts-
wissenschaften

angenommen am:

7. Febr. 1978

Berichterstatter:

Professor Dr. Leser

Mitberichterstatter:

Professor Dr. Holzhauer

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1978

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Einleitung	1
<u>I. Hauptteil</u>	
B. Charakter, rechtlicher und wirtschaftlicher Zweck des Darlehens	
Das Darlehen als Kreditgeschäft	3
C. Der Darlehensvertrag und seine Vertragsgestaltung	4
I. Gegenstand der Untersuchung und Terminologie	4
II. Die historische Entwicklung des Darlehensvertrags	7
1. Das Darlehen in der römischen Rechtsentwicklung	7
a. Nexum, Mutuum, Stipulation	7
b. Die Funktion der Realleistung	8
2. Das Darlehen im Gemeinen Recht, partikularrechtlichen Vorkodifikationen und im Preußischen Allgemeinen Landrecht	8
III. Die Motive und Gesetzentwürfe zum BGB	10
IV. Die gesetzliche Regelung des Darlehens im BGB, §§ 607 - 610	11
1. § 607 Abs. 1 BGB	12
2. § 607 Abs. 2 BGB	12
3. §§ 608, 609 BGB	14
4. § 610 BGB	14
V. Vergleich der Darlehensregelung mit der anderer "Realverträge"; Leihe (§§ 598 - 606), Verwahrung (§§ 688 - 700), Miete (§§ 535 - 580 a)	16

	Seite
VI. Das Darlehen aus dogmatischer Sicht	17
1. Der Geschäftszweck	17
a. Der Meinungsstand	17
b. Zusammenfassende Stellungnahme	19
2. Die Zweckerreichung	22
a. Nutzungsveranschaffung und Nutzungsverbegriff beim Darlehen	22
b. Die Nutzungsbelassung für die vereinbarte Dauer	24
VII. Die Darlehens-theorien	27
1. Die Theorie des nichtkontraktlichen Darlehensverhältnisses (Darlehens-kondition)	27
2. Die Theorie des Realvertrags	29
a. Inhalt und rechtliche Konstruktion des Darlehensgeschäfts	29
b. Begründung der Theorie	31
aa. Das Darlehen aufgrund historischer Konvention; Stellungnahme	31 32
bb. Die Notwendigkeit des Realvertrags aufgrund des Sprachgebrauchs, der Verkehrsauffassung, des Gesetzeswortlauts und der besseren Praktikabilität	32
c. Die einzelnen Elemente im Rahmen des realen Darlehensgeschäfts	34
aa. Der Realvertrag	34
(1) Dogmatische Struktur; Obligationenwirkung und wechselseitige Beziehung seiner Elemente; chronologische Folge	34
(2) Stellungnahme: Würdigung des Realvertrags als schuldrechtliche Abschlußform	37
bb. Der Vorvertrag	43

	Seite
(1) Konstruktion und Stellungnahmen in der älteren Literatur	43
(2) Heutiger Vorvertragsbegriff und eigene Stellungnahme	45
3. Die Theorie des Konsensualvertrags	47
a. Inhalt und rechtliche Konstruktion des Darlehensgeschäfts	47
b. Begründung	48
c. Die konsensualen Pflichten	49
aa. Speziell: Die Rückleistungspflicht nach konsensualem Darlehensvertrag	50
bb. Kritik	53
4. Vermittelnde Auffassungen	55
VIII. Das unverzinsliche Darlehen	56
1. Rechtscharakter und Streitstand	56
2. Kritik und Stellungnahme	57
IX. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Darlehensproblem	59
X. Eigener Lösungsvorschlag auf der Basis der heute herrschenden Dogmatik	70
(I) Interessen- und Risikolage bei Abschluß eines Darlehensvertrags; Einfluß der Parteiautonomie	70
(II) Das Verhältnis der einzelnen Pflichten zueinander	71
1. Das Verhältnis von Valutaleistungs- und Rückleistungspflicht	71
a. Die Funktion des § 607 I BGB innerhalb des konsensualen Darlehensvertrags	71
b. Die Rückleistungspflicht vor der Leistung in ihrem rechtlichen Bestand	73

	Seite
aa. Das verzinsliche Geschäftsdarlehen	73
(1) Die rechtliche Funktion der Leistung in Bezug auf eine konsensuale Rückleistungspflicht	75
(a) Akzessorietät, Voraussetzung, Auflage, Geschäftseinheit	75
(b) Der Bedingungs- zusammenhang	79
(aa) Der Bedingungs- begriff des BGB	80
(bb) Vereinbarkeit des Bedingungs- zusammen- hangs mit dem Ab- straktionsprinzip und den §§ 607-610 BGB	89
bb. Das Darlehen ohne Annahmepflicht	92
2. Das Verhältnis von Valutaleistungs- und Zinspflicht	93
3. Das Verhältnis von Leistungs- und Sicherungspflicht	94
4. Zusammenfassung der Argumente, die für die hier vertretene Lösung sprechen	99
II. Hauptteil:	
Die Konsequenzen der Theorien bei ihrer praktischen Anwendung	100
I. Die Erfüllungsproblematik	100
1. Die Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB Eigener Lösungsvorschlag	100 103
2. Disagio	105
3. Die Erfüllung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens im Klage- weg	107
a. Klageanträge	107
b. Kritik und Stellungnahme	108

4. Die Erfüllung im Weg der Zwangsvollstreckung	110
a. Die Vollstreckung des Urteils, das dem Darlehensnehmer die Valuta zuspricht	110
aa. Das konsensuale Darlehen	110
bb. Das reale Darlehen	111
b. Zur Frage, ob Erfüllung des Leistungsanspruchs auch durch Vollstreckung eines Gläubigers in den Anspruch des Darlehensnehmers eintreten kann	112
II. Die Leistungsstörungen im Darlehensvertrag	115
1. Die Unmöglichkeit	115
2. Gefahrtragung, Leistungs- und Erfüllungsort	117
a. Die Leistungsgefahr	117
b. Die Gegenleistungsgefahr	119
3. Der Verzug	123
a. Der Verzug des Darlehensgebers mit der Valutaleistung	123
b. Der Annahmeverzug des Darlehensnehmers, §§ 293 ff. BGB	124
(I) Annahmeverzug im Rahmen des Konsensualvertrags	125
(1) Der Zinsanspruch bei Eintritt der Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs	125
(2) Der Rücktritt des Darlehensgebers vom Vertrag	127
(3) Vertragsdurchführung trotz Annahmeverzugs	127
(II) Der Annahmeverzug im Rahmen des Realvertrags	129
(1) Der Zinsanspruch bei Eintritt der Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs	129
(2) Der Rücktritt des Darlehensgebers	129
(3) Vertragsdurchführung trotz Annahmeverzugs	133

	Seite
c. Der Zinsverzug	133
Eigene Stellungnahme	134
4. Gewährleistung	137
a. Sachmängel	137
b. Rechtsmängelhaftung, Nichterfüllung	138
5. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage; das Verhältnis von § 321 zu § 610 BGB	139
III. Das wucherische Darlehensverhältnis	143
1. Die Leistungen innerhalb des wucherischen Darlehensgeschäfts und ihr Bezug zu den Darlehenstheorien	143
2. Die Ansprüche aus dem wucherischen Darlehensverhältnis	146
a. Die Ansprüche des Wucherers	146
aa. Der Kapitalrückforderungsanspruch	146
(1) Der Bezug des § 817 Satz 2 BGB zum Rückforderungsanspruch des Wucherers	146
(a) Die herrschende Meinung	146
(b) Die Mindermeinung aufgrund einer restriktiven Interpretation des § 817 Satz 2 BGB	152
(c) Sonstige Auffassungen	154
bb. Der Zinsanspruch	155
Stellungnahme	156
3. Eigene Auffassung zum Wucherdarlehen	158
IV. Die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens	161
1. Allgemeines	161
2. Die Abtretung nach der Konsensualvertragstheorie	163
3. Die Abtretung nach der Realvertragstheorie	164

A. Einleitung

Die Auseinandersetzung um die Vertragsgestaltung des Darlehensvertrags zwischen den Vertretern der Real- und der Konsensualvertragstheorie hat sich im neueren Schrifttum zugunsten der Konsensualvertragstheorie verlagert. Dagegen sind auch in neuerer Zeit Entscheidungen des BGH¹⁾ und anderer Obergerichte ergangen²⁾, die auf realvertraglicher Sicht des Darlehensvertrags basieren. Jedoch sind sich auch die Vertreter der Literatur keineswegs einig.

Während Neumann-Duesberg den Unterschied zwischen den Theorien für irrelevant hält³⁾, sah sich Larenz zu späterem Zeitpunkt noch veranlaßt zu sagen, "über den rechtlichen Charakter des Darlehens und damit über den Inhalt dieses Rechtsbegriffs bestehe im Schrifttum alles andere als Klarheit und Übereinstimmung"⁴⁾.

Es soll nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den Streit in alte Bahnen zu lenken und damit aufzufrischen. Vielmehr soll sie nach einer Phase, in deren Verlauf dem Darlehensvertrag nur sehr wenige und dazu noch knappe Stellungnahmen gewidmet wurden⁵⁾, ein Beitrag zur praktischen Klärung sein. Daß sich auch in der modernen Rechtsauffassung noch keine einheitliche Meinung gebildet hat, ist nicht zuletzt auf die der Bedeutung des Darlehens geradezu umgekehrt proportionale spärliche Regelung im Gesetz zurückzuführen, die §§ 607 - 610 BGB.

1) BGHZ 25, 178; BGH DNotZ 63, 37; BGH WM 62, 114; 1265; BGH LM Nr. 11 zu § 607; LM Nr. 1 zu § 672; BGH NJW 1975, 443/44

2) BFH NJW 66, 855, 1047; OLG Nürnberg JZ 59, 314; OLG Frankfurt NJW 69, 327, 328

3) Neumann-Duesberg, NJW 70, 1403

4) Larenz II, § 51, S. 189 ff.

5) v. Lübtow, S. 89 ff.; Neumann-Duesberg aaO.

Zwei Extrembeispiele sollen zur Darstellung der Problematik die Arbeit einleiten.

Bei Eröffnung eines Sparkontos, für das ein Sparbuch ausgestellt werden soll, wird der Sparvertrag im allgemeinen erst dann als abgeschlossen angesehen, wenn die Geldeinlage an die Bank gezahlt ist. Das gilt ebenso für die weiteren Einzahlungen, die zur Erhöhung des Darlehensbetrags führen. Die Parteien werden sich zuvor keiner Vereinbarung bewußt sein, sondern erst mit dem Geben des Geldes und der Aushändigung des Sparbuchs ist man sich über das Zustandekommen des Darlehensvertrages einig. In dieser Abschlußform könnte daher ein Realvertrag zu sehen sein.

Demgegenüber steht der industrielle Großkredit. Hier werden dem Zustandekommen des Vertragskonsenses häufig lange Verhandlungen vorausgehen, in denen wirtschaftliche Erfolgchancen, Zins-, Hin- und Rückleistungsbedingungen sowie zu leistende Sicherungen erörtert werden. Es wäre praxisfremd, darin mit den Vertretern der Realvertragstheorie erst einen Vorvertrag und nicht schon den endgültigen Darlehensvertrag zu sehen, der dem Kapitalnehmer einen Leistungsanspruch gewährt.

Beide Beispiele entstammen der täglichen Praxis und signalisieren eine unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeit des Vertrags, sofern man sich mit der oberflächlichen, aber nicht unbedeutenden Sicht des juristisch Ungebildeten begnügt.

I. Hauptteil

B. Charakter, rechtlicher und wirtschaftlicher Zweck des Darlehens

Das Darlehen als Kreditgeschäft

Mit dem Darlehensgeschäft wird der Begriff Kredit verbunden, "man hat Kredit aufgenommen". Kreditgewährung ist für den Kapitalgeber mit Risiko verbunden, weil er notwendig zuerst leisten muß¹⁾. Seine Motivation zu diesem Geschäft ist daher das Vertrauen auf Solvenz und Leistungsbereitschaft seitens des Darlehensnehmers.

Der Kreditbegriff basiert also unmittelbar auf dem Vertrauen und Risiko des Leistenden. In der Literatur wird seine Einordnung meist unterlassen. Verbreitet hält man ihn für einen lediglich nationalökonomischen Begriff²⁾ und nicht für einen juristischen³⁾. Gleichwohl liegen seine Auswirkungen aber auch im rechtlichen Bereich, was die Durchführung der Rechte und Pflichten im Rahmen des Kreditvertrags betrifft.

Geht man im folgenden von den Grundlagen des Vertrauens als Motiv und des Risikos als Folge der Kreditgewährung aus, so läßt sich in der Praxis ein Abrücken vom elementaren Kreditrisiko feststellen. Kreditinstitute und -makler gewähren in aller Regel nur gedeckte Kredite, d.h. nur gegen ausreichende persönliche oder reale Sicherheiten. Außerdem wird der Kreditnehmer zur weitgehenden Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse verpflichtet⁴⁾.

1) vgl. Hohenstein, S. 60, 61; Krahmer, S. 62 ff., 66

2) Heck, Schuldrecht, § 105, S. 324, 326; Hohenstein, S. 60; Leonhard II, § 100, S. 192

3) Klausing, S. 79; Esser § 86 I, S. 208

4) zB.: § 7 des Darlehensvertrags der Volksbanken: "Der Darlehensnehmer verpflichtet sich, der Bank oder deren Beauftragten seine Vermögensverhältnisse offenzulegen, insbesondere Einblick in die Geschäftsbücher und Unterlagen zu gewähren und darüberhinaus die notwendigen Auskünfte zu erteilen..."

Die Motivation ist also nicht mehr allein das Vertrauen, sondern Gewißheit, bzw. rationale Überschaubarkeit, die Folge kein offenes Risiko, sondern die Erlangung von Sicherheiten, die ebenfalls aufgrund der in den meisten geschäftsmäßigen Darlehensverträgen enthaltenen Sicherungsabreden geleistet werden müssen^{4a)}. Manche Klauseln erlauben ihrem Wortlaut nach sogar eine Übersicherung, sofern man sie nicht restriktiv auslegt^{4b)}.

Trotz dieser wirtschaftlich gerechtfertigten Ausschaltung des Kredits im ursprünglichen Sinn, ist von seinen Elementen noch so viel übrig geblieben, daß es sinnvoll ist, von einem Kreditgeschäft zu sprechen^{4c)}. Jede Gewährung eines Darlehens bleibt mit dem nicht überschaubaren Risiko der individuell-wirtschaftlichen Entwicklung des Darlehensnehmers verbunden; hinzu kommt die Möglichkeit einer Veränderung des konjunkturrell-wirtschaftlichen Gefüges, sowohl auf nationaler Ebene, als auch in der Weltwirtschaft. Daher bleibt das Leistungsmotiv in gewissem Umfang das Vertrauen in den wirtschaftlichen status quo, womöglich sogar auf eine Verbesserung der Situation. Darüberhinaus sind Umfang und Bonität der Sicherheitsleistung selbstverständlich für einen unterschiedlichen Risikoquotienten verantwortlich.

C. Der Darlehensvertrag und seine Vertragsgestaltung

I. Gegenstand der Untersuchung und Terminologie

Vorab soll gesagt sein, daß die nachstehend behandelten Probleme aus dogmatischer Sicht alt sind und ihre dogma-

4a) Serick II § 18 I

4b) § 6 des Darlehensvertrags der Volksbanken:

"Neben den aufgrund der AGB haftenden Sicherheiten stellt der Darlehensnehmer der Bank folgende Sicherheiten..."; zur Zulässigkeit einer eventuellen Übersicherung: BGHZ 26, 185

4c) Esser II § 86 II, S. 208; Heck, Schuldrecht § 105
Soergel-Lippisch, Bem. 1 vor § 607

tische Bedeutung durch die Praxis weitgehend überspielt ist. Es herrscht jedoch bis in die moderne Literatur und Rechtsprechung hinein eine Unklarheit, zu deren Beseitigung diese Arbeit im Interesse der großen praktischen Bedeutung des Darlehens einen Beitrag leisten will.

Die Auseinandersetzung geht im wesentlichen darum, ob durch die bloße Vereinbarung eine Pflicht des Darlehensgebers zur Leistung begründet werden kann oder ob eine solche Pflicht lediglich einem Vorvertrag entspringt. Ferner bleibt zu klären, welche Rolle die Leistung des Darlehens für die Entstehung der Rückleistungspflicht spielt, ob der Darlehensvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist und im Verhältnis welcher Pflichten zueinander ein Synallagma bestehen kann.

Daher soll kurz die Aussage der beiden Haupttheorien an dieser Stelle skizziert werden.

Nach der Realvertragstheorie entspringt das Versprechen, ein Darlehen zu geben dem Darlehensvorvertrag. Durch die Hingabe der Valuta an den Darlehensnehmer kommt der eigentliche Darlehensrealvertrag zustande, der gleichzeitig die Rückleistungspflicht begründet. Weitere, insbesondere Zins- und Sicherungsabreden finden im Realvertrag keinen Platz, sondern müssen in weiteren, selbständigen Verträgen vereinbart werden⁵⁾. Demnach gibt es nur eine vorvertragliche Leistungspflicht des Darlehensgebers, die nicht auf Leistung des Darlehens selbst, sondern auf Abschluß des Realvertrages gerichtet ist.

Die Konsensualvertragstheorie sieht dagegen im Darlehen einen normalen schuldrechtlichen Vertrag, wie z.B. Kauf, Miete und Pacht.

5) Heidbrink S. 15; Hilbert S. 19

Der Darlehensgeber verpflichtet sich, das Darlehen zu leisten. Darüberhinaus erbringt er aufgrund der Valutabelassungspflicht die Dauerleistung der Kapitalbelassung. Im Austausch hierfür erhält er vom Darlehensnehmer die Zinsen. Der Darlehensnehmer verpflichtet sich auch zur Rückleistung, wobei die Frage, welche Rolle die Valutaleistung im Hinblick auf die Rückleistungspflicht spielt, bislang nicht eindeutig beantwortet ist. Hier liegt dogmatisch der Ansatzpunkt der Realvertragstheorie. Darüberhinaus enthalten die meisten Darlehensverträge Sicherungsabreden. Der konsensuale Darlehensvertrag enthält demnach folgende Pflichten:

Valutaleistungs- und Rückleistungspflicht
Kapitalbelassungs- und Zinspflicht

An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, daß der entgeltliche Darlehensvertrag zwei Nutzungsebenen enthält. Die Valutaleistung verfolgt den Zweck, dem Darlehensnehmer die Kapitalnutzung zu ermöglichen. Dagegen verfolgt die Valutabelassung den Zweck, den Darlehensnehmer zur Zinsleistung zu veranlassen und daher die Kapitalnutzung des Gebers zu sichern. Hier besteht ein Synallagma, während die Valutaleistung keinen weitergehenden Zweck, als den genannten verfolgt, was insbesondere für die Betrachtung des Wucherdarlehens von Bedeutung sein wird. Die Belassung sichert aber auch die Kapitalnutzung des Darlehensnehmers für die vereinbarte Laufzeit. Die gesamte Auseinandersetzung um den Darlehensvertrag bestand schon vor Inkrafttreten des BGB. Sie ist unter anderem durch das Zusammentreffen von romanistischem und germanistischem Rechtskreis beeinflußt.

II. Die historische Entwicklung des Darlehensvertrages

1. Das Darlehen in der römischen Rechtsentwicklung¹⁾

a. Nexum, Mutuum, Stipulation

Zur Zeit der Zwölf-Tafel-Gesetzgebung wurde das Darlehen in der Form des Nexum abgeschlossen, das formstarr, gegenstandsbezogen und dennoch aufgrund des damals noch nicht expandierten Geschäftsverkehrs praktikabel war.

Der Vertrag wurde unter Zuwägung einer bestimmten Menge Erzes in Gegenwart von Zeugen geschlossen. Dies war absolutes Formerfordernis. Zinsen konnten nur in Form der Stipulation ausbedungen werden²⁾. Rein konsensuale Abreden waren zu dieser Zeit bedeutungslos³⁾ und erzeugten keine Obligation⁴⁾.

Im Zug der Ausweitung des Römischen Weltreiches nahm die Zahl rechtloser⁵⁾ Ausländer in Rom zu. Dies führte auch zu einem Abgehen vom reinen Inlandsrecht. An Stelle des Nexum trat das weniger formalistische Mutuum⁶⁾. Maßgebend war hierbei die Vereinbarung des Darlehensvertrags, die allerdings nur in Verbindung mit der Leistung des Darlehens wirksam war. Das Mutuum war ein unentgeltlicher, aus Realleistung und Konsens bestehender Realvertrag^{7), 8)}. Ein verzinsliches und daher entgeltliches Darlehen konnte nur durch Zusatzvereinbarung in Stipulationsform begründet werden.

1) vgl. dazu: Alexander S. 56, 57; Blaß S. 13, 17, 27; Blum 1936, S. 1-30; Hilbert S. 53 ff. Lübbert IhJB. 52, 314-317; v. Lübtow aaO. Meyer S. 9-12; Rosenberger S. 6 ff.; Scheidwimmer S. 6 ff.; Schloßmann IhJB 45, 40, 57, 63; Tremboler S. 13, 17; Windscheid-Kipp, Pandekten, II, S. 370

2) Alexander S. 8

3) Lübbert IhJB. 52, 317

4) v. Lübtow S. 95

5) Alexander S. 10

6) Lübbert IhJB. 52, 323

7) Tremboler S. 16

8) vgl. Alexander S. 17

b. Die Funktion der Realleistung

Wenn auch die Bedeutung der Willenserklärungen zur Zeit des Mutuum bereits größer war, blieb die Leistung des Darlehens ein striktes und unabdingbares Formerfordernis, ohne dessen Erfüllung eine Darlehensklage unmöglich war⁹⁾.

2. Das Darlehen im Gemeinen Recht, partikularrechtlichen Vorkodifikationen und im Preußischen Allgemeinen Landrecht

Das Gemeine Recht als generelle Regelung für Fälle, in denen das Partikularrecht nicht zu einer Lösung führte¹⁰⁾, war stark beeinflusst vom Canonischen und vom Naturrecht. Aus der Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts drang die Überzeugung in das Gemeine Recht, daß Verträge auch ohne Einhaltung einer bestimmten Form aufgrund des bloßen Konsenses bindend seien¹¹⁾. Dies war gleichbedeutend mit der Aufgabe des römischen Formalprinzips. Infolgedessen wurden auch rein konsensuale Verträge klagbar nach dem Prinzip: pacta sunt servanda.

Unter dieser Entwicklung mußte die Existenzberechtigung des Realvertrags fraglich werden.

Die im Gemeinen Recht hM hielt gleichwohl an ihm fest, wenngleich sie der Realleistung eine andere Funktion zuerkannte¹²⁾. Statt eines Formerfordernisses sah man nun darin ein materiell qualifizierendes Element. Maßgebend war dabei die Überzeugung, daß Rückleistung ohne

9) Blaß S. 13,14; Blum 1936 S. 3,6; Adler IhJB. 31,192

10) Göschen aaO. I § 1

11) Hagerström S. 41 ff.

12) Adler IhJB. 31, 192 ff. m.w.N. Arndts § 180; Brinz II § 296; Dernburg Pand. II, § 85; Eisele ZSR aaO. S. 1 ff. Puchta § 304; Unger IhJB. 8, 1 ff.; v. Vangerow III § 623; vgl. Windscheid-Kipp II, § 312

Leistung unmöglich sei. Die Parteien, so argumentierte man, wollten die Verbindlichkeit erst durch Geben und Nehmen begründen. Anders könne der Parteiwille nicht ausgelegt werden, weil sich die Rückzahlungspflicht aus innerer Notwendigkeit heraus nicht ohne die Hingabe der Valuta denken lasse¹³⁾. Die Abschlußform des Darlehensvertrags blieb also die gleiche, wie im Römischen Recht, lediglich die Begründung wechselte.

Dieser hM gegenüber konnten sich Autoren, die bereits damals den Realvertrag aufgrund des Prinzips der Formfreiheit ablehnten, nicht durchsetzen¹⁴⁾. Sie begründeten ihre ablehnende Haltung ferner damit, daß der Realvertrag zum einen die Pflicht aus dem Vorvertrag erfülle und gleichzeitig die Rückleistungspflicht begründe¹⁵⁾. Sie vertraten die Auffassung, daß nach gemeinrechtlichem Rechtssystem eine Hingabe immer die Erfüllung einer entsprechenden Leistungspflicht sei.

Diese, im heutigen Sinn fortschrittlichen Meinungen wurden mit dem Argument abgelehnt, daß eine Rückleistungspflicht ohne Hingabe undenkbar sei und das Darlehen deshalb ein Realvertrag sein müsse.

Dieser gemeinrechtlich hM entsprachen auch die gesetzlichen Fassungen des Darlehensvertrages in den frühen privatrechtlichen Kodifikationen¹⁶⁾.

13) Unger IhJB 8, 9

14) Demelius IhJB. 3, 408, 409; Koeppen IhJB. 11, 352; vgl. Wommelsdorff-Friedrichsen S. 63-68

15) Demelius IhJB. 3, 403

16) Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794

ALR I 11 II, § 653: Das eigentliche Darlehen ist ein Vertrag, vermöge dessen jemand gangbares, gemünztes Geld oder geldwerte, an jeden Inhaber zahlbare Instrumente unter bedingener Wiedererstattung in gleicher Quantität und Qualität einem anderen zum Verbrauch übergibt.

Entwurf des Großherzogtums Hessen von 1853 Art. 136:

Die Übergabe des Vertragsgegenstandes kann von dem Darleiher unmittelbar oder auch dadurch mittelbar geschehen, daß er den Anleiher ermächtigt, den Gegen-

III. Die Motive und Gesetzentwürfe zum BGB

Im Ersten Entwurf eines BGB¹⁷⁾ war der das Darlehen regelnde § 453 bereits gleichlautend mit § 607 I BGB. Gegenüber dem § 547 des Zweiten Entwurfs enthielt er lediglich einen Passus, der den Rückforderungsanspruch ausschloß, sofern der Kapitalnehmer nicht Eigentümer der Valuta geworden war. Er wurde später gestrichen, weil man diese Konsequenz für selbstverständlich hielt¹⁸⁾.

Wie die Motive ausweisen, hielt man eine Legaldefinition des Darlehensbegriffs für überflüssig mit der Begründung, er sei im Rechtsleben hinlänglich eingebürgert¹⁹⁾. Auch war nicht beabsichtigt, den bereits für das Gemeine Recht bestehenden Streit um die Abschlußform im BGB positiv zu erledigen²⁰⁾. Jedenfalls sollte die Auseinandersetzung nicht dahin entschieden werden, daß man den Darlehensvertrag als einen gewöhnlichen Konsensualvertrag ansah²¹⁾. Denn man hielt die Hingabe der Valuta für ein wesentliches Charakteristikum des Darlehensvertrages und befürchtete Fehlbeurteilungen, wenn man ihn in die Form eines herkömmlichen Konsensualvertrags kleidete.

Man war sich darüber einig, daß die Fassung des Darlehens gegenüber anderen Konsensualverträgen zum Ausdruck bringen müsse, daß nicht aus der bloßen Vereinbarung auf Rückleistung geklagt werden dürfe; ferner sollte dem Darlehensgeber keine Aufrechnungsmöglichkeit zustehen, wenn der Nehmer Auszahlung des Darlehens verlangte. Außerdem sollte dem Darlehensnehmer die Zession des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens untersagt werden.

noch 16) stand, welchen dieser für ihn innehat, als Darlehen zu behalten.

Sächsisches BGB von 1867

§ 1067 Ein Darlehensvertrag wird geschlossen, wenn vertretbare Sachen unter der Verpflichtung zur zukünftigen Rückgabe einer gleichen Summe oder Menge von derselben Güte zu Eigentum gegen werden.

17) vgl. die 2. Lesung des Entwurfs des BGB für das Deutsche Reich, 1 Bd., Buch I-III, Berlin 1894, 286/87

18) Mugdan S. 759

Die Motive wollten also nicht entscheiden, wie die der Valutaleistung vorausgehenden Vereinbarungen zu qualifizieren sind, ob darin also bereits der konsensuale Darlehensvertrag oder nur ein Vorvertrag zu sehen ist. Sie wollten lediglich die Sonderstellung des Darlehens unter den schuldrechtlichen Verträgen hervorheben und die oben dargelegten Konsequenzen ausschließen. Dies allein hielt man für rechtlich unabdingbar. Denn die Rückleistung ohne Leistung beispielsweise ist beim Darlehen im Gegensatz zur Miete theoretisch möglich. Es werden nämlich andere Sachen, als die geleisteten zurückgewährt, während bei der Miete lediglich die geleistete zurückgewährt werden kann, denn sie allein ist die Mietsache. Eine Zession des Anspruchs auf Leistung, die an sich in jedem Konsensualvertrag möglich ist, muß beim Darlehen wegen des bedeutungsvollen persönlichen Kredits anders beurteilt werden und eine Aufrechnung würde den Darlehenszweck der Kapitalnutzung unterlaufen.

Die Motive lassen daher keinen Schluß auf eine bestimmte Vertragsgestaltung in der einen oder anderen der hier erörterten Form zu.

IV. Die gesetzliche Regelung des Darlehens im BGB, §§ 607 - 610

Der Wortlaut der gesetzlichen Fassung ist nicht unzweideutig, so daß seine Interpretation erfolgen soll, insbesondere deswegen, weil er zu Mißverständnissen und Meinungsverschiedenheiten geführt hat, aufgrund deren auch der Theorienstreit bisher genährt worden ist.

-
- 19) Motive II, S. 306, 307
 - 20) Motive II, S. 306, 307
 - 21) Motive II, S. 306

1. § 607 Abs. 1 BGB

Die Vertreter der Haupttheorien des Konsensual- wie des Realvertrags nehmen beide für sich in Anspruch, jeweils ihre Auffassung der gesetzlichen Regelung entnehmen zu können. Man muß der Realvertragstheorie zugestehen, daß § 607 I BGB "real" gefaßt ist, da seine Formulierung den erfolgten Leistungstatbestand mit einbezieht. Demgegenüber kann die Ansicht Krahmers²²⁾ nicht überzeugen, der den Konsensualvertrag aus § 607 I BGB herauslesen will, weil seine Formulierung nicht laute: "wenn gegeben und genommen wird". Er muß sich vielmehr enthalten lassen, daß Konsensualverträge üblicherweise durch Festlegung der Pflichten gefaßt werden: "Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet ... (§ 433 I)".

§ 607 I regelt überhaupt nicht den eigentlichen Darlehensvertrag, sondern nur die Mindestvoraussetzung, die der Besonderheit des Darlehensvertrags Rechnung tragen will. Praktisch ist darin nur die Rückzahlungspflicht unmittelbar geregelt. Außer der Rückzahlungspflicht können dem Darlehensvertrag aber, wie oben dargestellt, noch andere Pflichten, wie Leistungs-, Belassungs- und Zinspflicht entspringen^{22a)}. Die Abschlußform selbst bleibt aufgrund dieser gesetzlichen Aussage den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluß und damit auch der Parteiautonomie überlassen.

2. § 607 Abs. 2 BGB

Wenn sich die Vertreter der Realvertragstheorie mit gewisser Berechtigung auf § 607 I BGB stützen können, so wird ihnen dieser Vorsprung durch § 607 II genommen. Das ist jedenfalls die Ansicht der Vertreter der Konsensualvertragstheorie²³⁾, die darin die Regelung eines

22) aaO. S. 9, 15, 40, 41

22a) Erman-Schopp. § 607 Anm. 9 ff.

23) Blaß S. 82 ff.; Hohenstein S. 127 ff.; Krahmer S. 33; Larenz II S. 193; v. Lübtow S. 81 ff.; vgl. Staudinger-Riedel § 607 Bem. 35; Tremboler S. 45, 47

materiellen, konsensualen Darlehens sehen. Allerdings hat man seitens der Realvertragstheorie versucht, dieses Minus wettzumachen²⁴⁾, indem man die Realleistung fingierte (z.B. durch die duplex numeratio)^{24a)} oder aber in § 607 II lediglich eine Regelung sah, die dem Schuldner den Einwand des Nichtempfangs der Valuta abschneidet²⁵⁾. Man half sich ferner damit, das "reale" Moment bei § 607 I in der Leistung eines Wertquantums zu sehen²⁶⁾. Nur selten wird eingeräumt, daß § 607 II ein konsensuales Darlehen enthält²⁷⁾.

Diese Diskussion um § 607 II geht jedoch an der Problematik vorbei. Man ist sich nämlich heute allenthalben darüber einig, daß ein dem § 607 II entsprechendes Rechtsgeschäft zu unterschiedlichen Vertragsgestaltungen führen kann²⁸⁾. Meist handelt es sich also gar nicht um ein Darlehen im eigentlichen Sinn, so daß Wortlaut und Sinngehalt der Regelung in § 607 II auch nicht dazu herangezogen werden können, die eine oder andere Theorie zu untermauern.

Außerdem fehlt es hier gerade an der eigentlichen Abschlußproblematik, denn das Vereinbarungsdarlehen wird zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem die Vermögensbewegung bereits stattgefunden hat. Es hat nämlich nur Sinn, die Problematik, die mit der Hingabe des Darlehens verbunden ist, zu erörtern, wenn sie noch nicht erfolgt ist. Beim Vereinbarungsdarlehen wird jedoch praktisch nur eine bereits bestehende Schuld umgewandelt,

24) Blum 1912, S. 28, 29; Blum 1936 S. 31; Lindgens S. 27, 29; Pernau S. 34; Stein S. 15; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 70

24a) Die umgewandelte Schuldsumme wurde als gezahlt und als erneut hingegebenes Darlehen angesehen. Auf Hin- und Hergabe der Beträge wurde verzichtet.

25) Crome System II, S. 600; Womm.-Friedrichsen S. 70

26) Daubenspeck S. 21

27) BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 34

28) Meist ein Schuldabänderungsvertrag, so daß Einreden, Einwendungen und Sicherungen in Bezug auf das alte Schuldverhältnis bestehen bleiben. Möglich sind auch eine No-
vation oder ein abstraktes Schuldanerkenntnis; vgl.

d.h. beispielsweise eine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II wird durch Vereinbarung gemäß § 607 II zu einer Darlehensverpflichtung. Das berührt aber den Theorienstreit nicht, der dahin geht, daß ohne Leistung keine Rückleistungspflicht aus Darlehen entstehen kann. Folglich ist die Problematik der Leistungsfunktion in diesem Kontext bedeutungslos.

3. §§ 608, 609 BGB

Diese beiden Vorschriften haben zu Mißverständnissen keinen Anlaß gegeben und sind theorieneutral.

4. § 610 BGB

Die Interpretationen dieser Norm differieren dagegen. Die Vertreter der Realvertragstheorie sehen darin die gesetzliche Regelung des Darlehensvorvertrages²⁹⁾. Darüberhinaus soll § 610 ein eindeutiger Hinweis auf den realen Charakter des Darlehens sein, weil er als konsensual nur das Darlehensversprechen vorsehe, nicht aber die Rückleistungspflicht, die folglich nur real entstehen könne³⁰⁾. Der Gesetzgeber habe auch geflissentlich keine Leistungspflicht in § 610 vorgesehen, wie sie für Konsensualverträge bestehe und habe ihn so in seiner Stellung vom eigentlichen Darlehensvertrag in § 607 I abgesondert³¹⁾.

noch 28) Larenz II § 51 III, S. 194; Erman-Wagner § 607 Anm. 12-15; Palandt-Putzo § 607 Anm. 2

29) BGB-RGRK-Wilde Bem. 3 vor § 607; 610 Anm. 1; Ehrlich S. 17; Isermeyer S. 17; Serick II § 26 III 1;

30) Ehrlich S. 17

31) Wommelsdorff-Friedrichsen S. 71; vgl. Farnbacher Seuff. Bl. 63, 507; Planck-Flad § 610 Bem. 1; BGB-RGRK-Wilde § 610 Bem. 1

Der Konsensualtheorie zufolge handelt es sich dagegen lediglich um die gesetzliche Regelung einer konsensual vereinbarten Leistungspflicht³²⁾. Hätte der Gesetzgeber lediglich den Vorvertrag regeln wollen, so hätte er dieser Ansicht nach das Versprechen des Vertragsschlusses in den Wortlaut aufnehmen müssen³³⁾. Die Meinungen zu dieser Vorschrift sind jedoch nicht einheitlich, denn innerhalb der Konsensualtheorie wird auch die Ansicht vertreten, § 610 enthalte die Regelung eines Vorvertrags³⁴⁾.

Über diesen Erwägungen geht offensichtlich der Blick dafür verloren, daß die Hauptbedeutung des § 610 in der gesetzlichen Regelung einer "clausula rebus sic stantibus" liegt. Es dürfte verfehlt sein, § 610 als in gewisser Form geregelte oder nicht geregelte Leistungs- bzw. Kontrahierungspflicht anzusehen. Als Regelung eines Vorvertrags hätte § 610 außerdem systematisch und logisch vor die Regelungen über Zinsleistungen und Kündigung gehört, was diejenigen, die sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen, offensichtlich nicht beachtet haben. Ferner sind Vorverträge auch zu Konsensualverträgen möglich, so daß mit der Aussage, es handele sich um einen Vorvertrag, nach heutiger Rechtsauffassung aus § 610 keineswegs notwendig etwas für die Realvertragstheorie spricht.

Aus der gesamten Fassung der gesetzlichen Regelung des Darlehens sind daher sichere Rückschlüsse auf die eine oder andere Theorie nicht möglich.

32) Lübbert IhJB. 52, 367; Soergel-Lippisch § 610 Bem. 1; Palandt-Putzo § 610 Bem. 1

33) Lübbert aaO.

34) Erman-Wagner § 610 Bem. 1; Staudinger-Riedel Bem. 2 zu § 610 (offenbar noch in der realen Verhaftung der Vorauslagen)

V. Vergleich der Darlehensregelung mit der anderer "Realverträge"; Leihe (§§ 598 - 606), Verwahrung (§§ 688 - 700), Miete (§§ 535 - 580 a)

Es besteht eine deutliche Affinität des unverzinslichen Darlehens zur Leihe und des verzinslichen zur Miete.

Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß im Zug der Durchführung des Darlehensvertrags eine Verfügung vorgenommen wird, die materiell ein Wertquantum überführt und den Darlehensnehmer dadurch berechtigt, hierüber frei zu verfügen. Im Gegensatz dazu stehen die bloßen Besitzübertragungen bei Miete und Leihe also beschränkt auf jeweils konkrete einzelne Sachen. Ferner können Miet- und Leih Sachen schon begrifflich nicht zurückgeleistet werden, wenn sie nicht empfangen wurden, während beim Darlehen die Pflicht zur Rückleistung als Pflicht zur Leistung vertretbarer Sachen auch ohne Vorempfang bedingen oder entstehen kann. Durch die Darlehensleistung verliert der Kapitalgeber seinen Vindikationsanspruch, der dem Vermieter oder Verleiher in echter Anspruchskonkurrenz neben den vertraglichen Rückleistungsansprüchen zusteht³⁵⁾. Selbstverständlich ist auch die Stellung des Darlehensgebers im Konkurs schlechter, da er nur einen Quotenanspruch nach § 61 Ziff. 6 KO hat, während Vermieter und Verleiher Aussonderung nach § 13 KO verlangen können. Demzufolge muß der Rückforderungsanspruch ein stärkeres Gewicht haben, als es sonstigen vertraglichen Rückleistungsansprüchen zukommt³⁶⁾. Auf die Sonderstellung des Geldes wird unten noch eingegangen werden. Die grundsätzliche Unterschiedlichkeit beider Geschäfte wurde auch in der Gesetzesfassung zum Ausdruck gebracht, wo Miete und Leihe

35) Palandt-Degenhardt 3 a/925; Staudinger-Berg § 985/1 a; Westermann § 309; BGHZ 24, 122 (123, 124)

eindeutig konsensual geregelt sind ("Durch den Miet-/Leihvertrag wird der Vermieter/-leiher verpflichtet...").

Bei der Verwahrung handelt es sich um ein wirtschaftlich anderes Geschäft, das einen Vergleich kaum zuläßt. Selbst der Bundesgerichtshof geht hier von der konsensualen Pflichtenbegründung aus³⁷⁾.

VI. Das Darlehen aus dogmatischer Sicht

1. Der Geschäftszweck

Die Ansichten über den Geschäftszweck des Darlehens waren früher sehr vielfältig und ließen sich auch nicht nach den einzelnen Darlehenstheorien kategorisieren. In der modernen Literatur herrscht nunmehr Einigkeit.

a. Der Meinungsstand

Nach schon früh vertretener Auffassung und heute absolut hM³⁸⁾ besteht der Zweck des Darlehens darin, dem Kapitalnehmer die Nutzung des Kapitals auf Dauer zu gewähren, dem Kapitalgeber jedoch eine gewinnbringende Geldanlage zu verschaffen. Diese Sicht beruht auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und entspricht der gegebenen Interessenlage.

37) BGH BB 1966, 959; aa Wommelsdorff-Friedrichsen S. 71
38) Oertmann § 607 Anm. 1; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 56; RGZ 161, 52; BGHZ 25, 177;
für die Konsensualtheorie: Boehmer ArchBürgR 38, 321; ders., Erfüllungswille S. 27; Hohenstein S. 58; Larenz II S. 189; v. Lübtow S. 91, 93, 97; Palandt-Putzo Bem. 2 vor § 607; Schloßmann IJB. 45, 41; Soergel-Lippisch Bem. 4 vor § 607; Staudinger-Riedel § 607 Anm. 2
Realtheorie: Bloß S. 50; Brinz II, § 248, S. 135; Gierke IJB. 64 399; Hilbert S. 26/27

Demgegenüber wurden früher andere Geschäftszwecke beschrieben, die allerdings großteils nur noch als historische Dimensionen zu betrachten sind. Einerseits wurde vertreten, das Darlehen sei ein Tausch von gegenwärtigen gegen künftige Güter gleicher Quantität und Qualität³⁹⁾. Andererseits führte Jacoby⁴⁰⁾ aus, Zweck des Darlehens sei die Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses an Kapital unter Ausnutzung des persönlichen Kredits. Er begründete⁴¹⁾ dies damit, daß der Kapitalnehmer lediglich die Überlassung baren Geldes wolle, verbunden mit einer Stundung des Rückforderungsrechts. Demgegenüber ist es seiner Auffassung nach verfehlt, im Darlehen ein Gebrauchsrecht zu sehen, denn die Einräumung eines solchen Rechts begründe einen uneigentlichen Nießbrauch entsprechend den §§ 1030, 1067 BGB. Hierbei aber trete das persönliche Moment des Kredits zurück.

Eine Gruppe von Autoren sieht dagegen den Zweck der Leistung lediglich in der Begründung der Rückleistungspflicht⁴²⁾. Ausgangspunkt ihrer Argumentation ist die These, daß eine Obligation beim Darlehen nur auf der Basis der Leistung entstehen kann. Da das Darlehen aber nur auf Zeit gewährt werde, muß eine Rückleistungspflicht begründet werden, die verhindert, daß die Valutaleistung zu einer dauernden Bereicherung führt. Andernfalls läge ihrer Ansicht nach der Geschäftszweck der Schenkung vor. Folglich sei der spezifische Zweck

39) Böhm-Bawerk S. 327 ff. (allerdings aus rein national-ökonomischer Sicht und daher mit einiger Berechtigung)

40) M.S. Jacoby IhJB. 60, 236

41) IhJB. 60, 235, 236

42) vgl. Blum 1912, S. 21; Degenkolb AcP 71, 39, 40; Endemann I, § 104, 2; Klemperer Gruch. 43, 576; vgl. zum ganzen Boehmer ArchBürgR. 38, 320

des Darlehens in der Rückleistungspflicht zu sehen⁴³⁾.

Schließlich bleibt die Auffassung Lammfromms⁴⁴⁾ zu erwähnen. Seiner Ansicht nach ist weder die Nutzbarmachung des Kapitals der einzige Zweck (weil sie das Empfänger Vermögen auf Dauer bereichern würde⁴⁵⁾), noch die Verbindung der Leistung mit der Rückleistungspflicht⁴⁶⁾. Eine Kombination von Leistung und Rückleistung zu einem Geschäftszweck schließt er aufgrund der konträren Leistungszwecke aus (einerseits Nutzbarmachung, andererseits Wiederherstellung des früheren Zustandes). Lammfromm geht von einer Inkongruenz aus⁴⁷⁾, die darin besteht, daß Mittel (= zeitlich unbeschränkte Rechtsübertragung am Darlehensgegenstand) und Zweck (= die zeitlich begrenzte Nutzungsbefugnis) auseinanderfallen. Um diese Inkongruenz zu beseitigen muß die Leistung "durch Hinausgehen über den eigentlichen Zweck den neuen und wirklichen Zweck, nämlich die Aufhebung des zweckwidrigen Vermögensvorteils⁴⁸⁾" haben. Er zählt das Darlehen deswegen auch zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften⁴⁹⁾, da der Nehmer durch die unbefristete Leistung an sich mehr erhält, als ihm dem Zweck des Darlehens entsprechend zusteht.

b. Zusammenfassende Stellungnahme

Mit Ausnahme der hM wird sich keine dieser Ansichten halten lassen; sie sind lediglich aus der historischen Perspektive verständlich.

43) Blum 1912, S. 21 behauptet sogar, die Eigentumsübertragung beim Darlehen unterscheide sich qualitativ von jeder anderen, da ihr als Korrelat der Rückforderungsanspruch gegenüber stehe.

44) aaO. S. 71 - 77;

45) aaO. S. 71

46) aaO. S. 72

47) aaO. S. 76

48) aaO. S. 77

49) aaO. S. 75

Das Darlehen ist, wenigstens rechtlich, kein Tausch, denn es bezweckt keinen Leistungsaustausch, sondern Restitution nach erfolgter wirtschaftlicher Nutzung. Ein Tausch i.S. von § 515 BGB liegt nur dann vor, wenn subjektiv-äquivalente Güter ausgetauscht werden. Diese sollen dann auf Dauer beim jeweiligen Empfänger bleiben. Demgegenüber stellt sich der Tausch beim Darlehen lediglich formal als solcher dar, insoweit nämlich, als bei der Restitution andere Sachen ins Gebervermögen zurückfließen, als die geleisteten. Der eigentliche Zweck besteht dagegen nicht im Gütertausch.

Auch die Schaffung der Rückleistungsverbindlichkeit kann nicht Zweck des Darlehens sein. Dieser Ansicht ist schon früh Brinz entgegengetreten, indem er sagte, der Darleiher tue dann besser daran, das Geld gleich zu behalten⁵⁰⁾.

Sie bleibt bei der Begründung des Leistungszwecks stehen. Subjektiver Leistungszweck ist dieser Auffassung nach die Schaffung der Verbindlichkeit (*credendi causa*), objektiver der entstandene Darlehensvertrag. Ohne Berücksichtigung bleibt dagegen die Verpflichtungscausa i.S. des Geschäftszwecks.

Schließlich ist auch die Zweckbestimmung von Jacoby nicht weiterführend. Zum einen ist das Kapitalbedürfnis häufig kein augenblickliches, sondern auf lange Sicht hin vorhanden. Andererseits ist sie zu eng, da sie von den Bedürfnissen nur einer Partei ausgeht. Demzufolge kann sie als Zweckbestimmung dann nicht zutreffen, wenn auch der Darlehensgeber Interessen verfolgt. Auch die Parallele zum Nießbrauch ist nicht aufrecht zu erhalten. § 1067 BGB sieht nach Beendigung des Nießbrauchs nicht Rückleistung,

50) Kritische Blätter S. 28

sondern Wertersatz vor; dies deshalb, weil Gegenstand des Nießbrauchs verbrauchbare Sachen, nicht wie beim Darlehen vertretbare, sind. Beide sind nicht notwendig identisch. Weitere Unterschiede zum Darlehen ergeben sich aus § 1067 II BGB, einer gesetzlichen Sicherungspflicht, § 1064 BGB (einseitige Aufhebungsmöglichkeit), § 1061 BGB (Ende des Nießbrauchs mit dem Tod)⁵¹⁾.

Auch die Thesen Lammfromms halten der kritischen Würdigung nicht stand. Merkwürdig ist hierbei nicht allein die Definition, wonach durch Hinausgehen über den erstrebten Zweck ein neuer Zweck erreicht wird. Zweck ist demnach die Aufhebung der Zweckwidrigkeit⁵²⁾. Darin dürfte Lammfromms entscheidende Definitionsschwäche liegen. Schließlich sagt er auch nichts anderes als diejenigen, die die Begründung der Rückleistungspflicht als Zweck betrachten. Auch die Einstufung in die Kategorie der fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist mit der heutigen Auffassung hierzu nicht mehr vereinbar. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß der Treunehmer Dritten gegenüber eine volle Rechtsmacht besitzt, im Verhältnis zum Treugeber aber eingeschränkt ist⁵³⁾. Der Treunehmer besitzt "volles rechtliches Können bei eingeschränktem rechtlichen Dürfen". Hingegen ist der Kapitalnehmer als Eigentümer des Valutabetrags niemandem gegenüber eingeschränkt, auch nicht durch die Rückleistungspflicht, da sie seine Verfügungsbefugnis nicht einschränkt.

51) vgl. v. Lübtow S. 94

52) vgl. aaO. S. 77

53) Flume § 20, 2 b; Weber, Sicherungsgeschäfte S. 86

2. Die Zweckerreichung

a. Nutzungsverschaffung und Nutzungsbegriff beim Darlehen

Die Leistung erfolgt zur Erreichung des der hM entsprechenden Darlehenszwecks. Aus der gesetzlichen Regelung des § 607 I BGB, der hierfür vertretbare Sachen vorsieht, folgt, daß diese auch ohne weiteres verbraucht werden sollen. Das Darlehen ist davon gekennzeichnet, daß die dargeliehene Sache "verbraucht" wird.

Die umfassende Verbrauchsbefugnis hat allerdings nur der Sacheigentümer, § 903 BGB, oder derjenige, in dessen Vermögen ein bestimmtes Wertquantum überführt worden ist. Bei sächlicher Darlehensleistung muß der Nehmer infolge einer Verfügung Eigentümer des Geleisteten werden⁵⁴⁾. Sofern etwas anderes als Darlehen geleistet wird, muß er die Verfügungsgewalt hierüber erlangen. Die Leistung eines bestimmten Wertquantums anstelle einer körperlichen Sache wird auch von den Vertretern der Realvertragstheorie akzeptiert, obwohl sie grundsätzlich eine "reale Geschäftsbasis" verlangen⁵⁵⁾. Das zu leistende Wertquantum betrifft in erster Linie das Gelddarlehen. Die sachenrechtliche Vermögensverschiebung kann in allen nach §§ 929 - 932 BGB möglichen Formen erfolgen⁵⁶⁾. Meist wird die Leistung des Gelddarlehens jedoch als Bankgutschrift im Wege des unbaren Zahlungsverkehrs vorgenommen. Hier erlangt der Darlehensnehmer die erforder-

54) Erman-Wagner § 607 Anm. 3; Esser II, § 86 I S. 209; Fikentscher § 77 I 2; Larenz II S. 190; Leonhard II S. 185; v. Lübtow S. 92; Hilbert S. 26, 27; Motive II S. 307; Soergel-Lippisch § 607 Anm. 1; Palandt-Putzo § 607 Anm. 1; Staudinger-Riedel § 607 Anm. 6; RGZ 103, 287, 288

55) Blum 1912 S. 27; Crome, System II, S. 598/99; Eulau S. 15 ff.; Oertmann Bem. 4 vor § 607; BGH LM Nr. 11 zu § 607; Hohenstein S. 21, 23; sieht darin allerdings eine entscheidende Konzession an die Konsensualtheorie

56) statt vieler Staudinger-Riedel § 607 Anm. 6

liche Nutzungsmöglichkeit nach der Gutschrift auf seinem Konto⁵⁷⁾. Möglich ist ferner die Leistung von Inhaberpapieren⁵⁸⁾, die Hingabe von Wechseln oder von Schecks⁵⁹⁾ zur Auszahlung, die Anweisung an Dritte⁶⁰⁾ und anderes mehr, um nur die wichtigsten Leistungsarten zu nennen.

An dieser Stelle soll auch auf die Besonderheit eingegangen werden, die für den Nutzungsbegriff beim Darlehen gilt.

Das Gesetz definiert in § 100 BGB Nutzungen als Früchte oder Gebrauchsvorteile von Sachen, nicht aber als Verbrauchsvorteile. Gerade im Verbrauch von Sachen liegt zumindest beim Sachdarlehen die Nutzung. Er stellt daher keine Nutzung im gesetzlichen Sinn dar, da diese voraussetzt, daß die Muttersache erhalten bleibt⁶¹⁾, d.h., daß das Haben der Sache Vermögensvorteile gewährt. Die Nutzung des Sachdarlehens stellt sich als Nutzung von "Nicht-mehr-Vorhandenem" dar⁶²⁾.

Noch deutlicher tritt die Nutzungsproblematik beim Gelddarlehen in Erscheinung. Geld nimmt insoweit eine Sonderstellung ein, als der Materialwert gegenüber dem Kaufwert bedeutungslos ist. Geld stellt sich, losgelöst von der Körperlichkeit der Banknote als abstrakte, unkörperliche Vermögensmacht dar⁶³⁾ und nimmt demzufolge eine wirt-

57) so die hM: sie ist der Barzahlung gleich zu achten; vgl. Palandt-Heinrichs § 270 Anm. 1 b; BGH NJW 53, 89

58) Ihre Übertragung erfolgt sachenrechtlich. Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Sie sind in Fälligkeitszeitpunkt realisierbar und können Körperschaftsrechtliche Mitgliedsrechte verbriefen. Allerdings ergeben sich wegen Kursschwankungen Rückleistungsprobleme.

59) Hierbei handelt es sich um Orderpapiere mit Ausnahme der Inlandsschecks. Der namentlich genannte erhält das Recht, sei es als erster Wechselnehmer oder als Indossatar. Sachenrechtl. Eigentumsübertragung ist hierbei erforderlich.

60) vgl. die Rechtslage beim finanzierten Abzahlungskauf

61) Baur, § 31, 3; Palandt-Heinrichs § 100 A.

62) vgl. Krahmer S. 84;

63) Simitis AcP 159, 427

schaftliche Funktion ein, deren Begleiterscheinung die sachliche Verkörperung sein kann, jedoch nicht muß (unbarer Zahlungsverkehr). Aufgrund der dargestellten sekundären Bedeutung der Sache "Geld" kann auch auf das Gelddarlehen der Nutzungsbegriff von § 100 BGB nicht angewendet werden.

Daraus muß gefolgert werden, daß ein wirtschaftlicher Nutzungsbegriff zugrunde zu legen ist, wenn man die von der hM getroffene Zweckbestimmung des Darlehens als Kapitalnutzung aufrecht erhalten will.

Beim Darlehen wird der dem Vermögen zugeflossene abstrakte Sachwert genutzt. Er bewirkt für die Dauer der vereinbarten Laufzeit eine Stärkung der wirtschaftlichen Macht des Darlehensnehmers.

b. Die Nutzungsbelassung für die vereinbarte Dauer

Aufgrund des festgelegten Geschäftszwecks wird die Kapitalnutzung dem Nehmer nur für eine gewisse Zeit belassen. Umstritten ist hierbei, ob eine Belassungspflicht des Kapitalgebers für die Dauer der Laufzeit besteht oder ob das Rückforderungsrecht lediglich gestundet ist.

Für eine Stundung des Rückforderungsrechts⁶⁴⁾ müssen konsequent alle diejenigen eintreten, die das Darlehen als einseitiges Geschäft ansehen, überwiegend die Vertreter der Re. vertragstheorie. Mit der Leistung erfolgt dieser Auffassung nach die Stundung, so daß Pflichten aus dem Darlehensverhältnis nur auf Seiten des Kapitalnehmers entstehen (Zins- und Rückleistungspflicht). Das wirtschaftlich erwünschte Dauermoment soll also durch bloße Stundung in ausreichender Weise erreicht werden⁶⁵⁾. Eine

64) Blum 1912, S. 22, 31, 37; Glaub S. 30; vgl. Henle, S. 36, 37; Jacoby IhJB. 60, 237; Oertmann Bem. 5a vor § 607; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 58

65) Oertmann Bem. 5 a vor § 607

Belassungspflicht wird deswegen abgelehnt, weil es keinen selbständigen Vermögenswert des Gebrauchs neben der Eigentumsleistung gebe, der separat geleistet werden könnte⁶⁶⁾.

Anderer Ansicht nach ist eine Belassungspflicht⁶⁷⁾ deshalb erforderlich, weil mit der Erfüllung des Verfügungstatbestands die Dauer des Behaltendürfens noch nicht geregelt ist⁶⁸⁾. Das Darlehen, so argumentiert man, müsse noch als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet werden⁶⁹⁾. Zwar sei eine derartige Pflicht gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, weil sie der Sache nach mit dem Aufschub des Rückforderungsrechts identisch sei⁷⁰⁾. Man könne sie aber mittelbar dem Gesetz entnehmen, denn das Darlehen könne erst nach erfolgter Kündigung zurückverlangt werden (§ 609 BGB)⁷¹⁾. Gekündigt werde die Belassungspflicht. Auf diese Weise entspreche dem Nutzungsrecht des Nehmers die Belassungspflicht des Gebers⁷²⁾. Gierke sieht in ihr sogar den Kern des Darlehensgeschäfts⁷³⁾. Der Darlehensnehmer, so sagt er, habe einen vertraglichen Unterlassungsanspruch des Inhalts, von Rückleistungsforderungen freigehalten zu werden. In ähnlicher Weise äußert sich allerdings auch Wommelsdorff-Friedrichsen als Vertreter der entgegengesetzten Meinung. Er statuiert eine negative Leistungspflicht, derzufolge der Geber das Rückforderungsrecht weder zur Unzeit noch vertragswidrig ausüben dürfe⁷⁴⁾.

66) Blum 1912, S. 22; Jacoby IhJB. 60, 235-237

67) Affolter ArchBürgR. 26, 1; Esser II § 86 I, S. 210; Gernhuber JZ 59, 314; Gierke IhJB. 64, 399, 400; Heck, SchuldR., § 107, 2; Heidbrink, S. 28; Hohenstein, S. 80 ff., 124; Larenz II, S. 191; v. Lübtow S. 92; Rosenberger, S. 52; Staudinger-Riedel Bem. 3 a vor § 607

68) Hohenstein S. 82; v. Lübtow S. 93; Schloßmann IhJB 45, 136, 137

69) Larenz II, § 51 I; modifiziert: Esser II, § 86 I

70) Larenz II, S. 191; Staudinger-Riedel, Bem. 3a v. § 607

71) vgl. Heidbrink S. 28

72) v. Lübtow S. 93

73) IhJB. 64, 399; ähnl. Affolter ArchBürgR. 26, 1

74) aaO. S. 57

Auch der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts muß eine Belassungspflicht entnommen werden, hier heißt es, Kapitalnutzung und Zins seien die gegeneinander ausgetauschten Leistungen⁷⁵⁾. Daraus folgt, daß die gewährte Nutzung eine Dauerleistung ist, zu deren Erbringung der Darlehensgeber ebenso verpflichtet ist, wie der Darlehensnehmer seinerseits zur Zinszahlung. Denn eine Zinszahlungspflicht ist völlig unbestritten. Wenn sich beide Leistungen gleichwertig gegenüber stehen, so müssen folgerichtig auch beide auf entsprechenden Pflichten beruhen.

Eine umfassende Stellungnahme zu dem dargestellten Problem soll erst im eigenen Lösungsvorschlag erfolgen. An dieser Stelle soll nur so viel gesagt werden, daß eine Belassungspflicht sinnvoll, zweckmäßig und zur Sicherung des Darlehensnehmers notwendig und interessengerecht ist. Das mit ihr garantierte wirtschaftliche Nutzungsrecht des Darlehensnehmers folgt nicht aus dem ihm übertragenen Vermögenswert allein, sondern stellt eine rechtlich abzusichernde Dauerkomponente dar. Nutzungsrecht und Belassungspflicht stehen in einem Korrespondenzverhältnis, wodurch ein rechtliches Vakuum innerhalb des Dauerschuldverhältnisses "Darlehen" vermieden wird. Schließlich spricht auch ein bereicherungsrechtlicher Aspekt für die Annahme der Belassungspflicht. Denn die Gewährung einer zeitlich begrenzten Kapitalnutzung stellt eine Leistung dar, die eines Rechtsgrundes bedarf, damit sie nicht die Rechtsfolgen der §§ 812 ff. BGB der späteren Rückforderung nach sich zieht. Sie sichert auch die Kapitalnutzung des Darlehensgebers (oben S. 5).

Bei dieser dogmatischen Darstellung des Darlehens soll es einstweilen sein Bewenden haben. Der eigentliche Ansatzpunkt für die Auseinandersetzung zwischen beiden

75) RGZ 161, 56, 57

Theorien entsteht erst bei der Frage des subjektiven Leistungszwecks, d. h. bei der Frage, ob die Leistung solvendi oder credendi causa erfolgt.

VII. Die Darlehenstheorien

1. Die Theorie des nichtkontraktlichen Darlehensverhältnisses (Darlehenskondition)

Schöninger¹⁾ sieht das Darlehensgeschäft außerhalb der Kategorien von Real- und Konsensualvertrag. Seiner Ansicht nach beginnt es als Leistungsgeschäft mit einer Leistung, die weder solvendi, noch contrahendi causa erfolgt. Der innere Zweck, den diese Leistung verfolgt, ist nicht in einer Gebrauchsleihe zu sehen, denn hierin kommt nicht das Mißverhältnis zwischen dem einerseits nur zeitlich beschränkten Gebrauch und der unbeschränkten Eigentumsübertragung andererseits zum Ausdruck²⁾. Der Leistungszweck "Gebrauchsleihe" ist vielmehr innerlich umgewandelt. An seine Stelle ist das Vertrauen getreten, denn nur das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit des Empfängers kann die unbeschränkte Eigentumsübertragung beschränken³⁾. Sofort nach der Leistung entsteht daher aus der Sicht Schöningers die Rückleistungspflicht, die jedoch keine vertragliche ist sondern eine "wirkliche, materielle Kondition"⁴⁾, denn das Darlehen ist kein Rechtsgeschäft i.S. von §§ 104 ff BGB⁵⁾. Schöninger erkennt allerdings selbst, daß der von ihm entwickelte Leistungszweck "Vertrauen" nichts anderes, als ein juristischer Kunstbegriff⁶⁾, ein inhaltlich leerer Begriff ist⁷⁾.

1) Schöninger aaO. S. 140-145; vgl. Pernice III S. 219

2) aaO. S. 143

3) aaO. S. 143

4) aaO. S. 140, 149

5) aaO. S. 149

6) aaO. S. 143

7) aaO. S. 145

Auswirkungen und Stellungnahme

Schöninger ignoriert mit seiner Theorie die Existenz der §§ 607-610 BGB und umgeht die eigentliche Abschlußproblematik, die den Streit hervorgerufen hat.

Seine Auffassung steht aber auch mit dem Bereicherungsrecht nicht im Einklang, in das er das Darlehen einordnen will. Leistung i.S. der §§ 812 ff. BGB ist die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens⁸⁾. Bereits eine taugliche Zweckrichtung für die Leistung ist indessen unerfindlich, denn "Vertrauen" ist lediglich ein Abschlußmotiv und, wie er selbst erkannt hat, juristisch nicht so einzusetzen. Auch ist der Rechtsgedanke des § 814 BGB zumindest hilfsweise heranzuziehen, wonach derjenige, der in Kenntnis der Nichtschuld leistet seine Leistung auch nicht zurückfordern kann. Zwar wird beim Darlehen nach Fassung Schöningers nicht zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet, doch setzt § 814 BGB für das Bereicherungsrecht jedenfalls das Verbot des "venire contra factum proprium" fest⁹⁾. Es soll niemand ohne kausale Grundlage leisten können im Vertrauen darauf, daß er aus Bereicherungsrecht Rückleistung erhält. Es wäre auch völlig zweckwidrig, das Bereicherungsrecht für derlei Kondiktionen zu strapazieren, da es lediglich kausal nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgleichen, nicht aber solche ermöglichen will.

Es erübrigt sich daher, noch auf die weiteren¹⁰⁾, von Schöninger angeführten praktischen Vorzüge seiner Theorie einzugehen, da sie ohne weiteres als nach heutiger Rechtsauffassung überholt angesehen werden kann.

8) Erman-Seiler § 812/3a; Soergel-Mühl § 812/4

9) Larenz II § 69 I, S. 420

10) aaO. S. 149-151

2. Die Theorie des Realvertrags¹¹⁾

a. Inhalt und rechtliche Konstruktion des Darlehensgeschäfts

Nach der Realvertragstheorie zerfällt das Darlehensgeschäft in meist drei Teile.

- 11) Achilles-Greif Bem. 1 vor § 607 (einschränkend); Adler IhJB. 31, 202 ff.; Blaß S. 49 ff.; Blum 1912, s. 6 ff.; Blum 1963, 22-30; vgl. Böhle-Stamschräder § 17 Anm. 2; de Boor S. 322; Brinz Pandekten, § 296; Breyhan S. 19; Crome, Partiarische, S. 368; ders. System II S. 596; Cosack § 204 S. 576; Daubenspeck S. 20; Dernburg, Schuldrecht, S. 241; Dumoulin S. 37; Degenkolb ACP 71, 56, 57; Ehrlich S. 13; Eisele ZSR S. 22; Endemann § 184, S. 1154; Enneccerus-Lehmann § 142 I, S. 574; Eulau S. 11; Farnbacher SeuffBl. 63, 506, 507; Fikentscher § 12, 2, 2; § 77 I, 3; Fischer-Henle § 607 Anm. 3; Isermeyer S. 16-19; Kinne Gruch. 56, 469; Klemperer Gruch 43, 576; Kreß II S. 145; Kühlenbeck JW 04, 377; ders. BGB, S. 490; Leonhard II S. 185 (Regelabschlußform); Lindgens S. 19; offens. auch Medicus § 27 II 3 c; Oertmann Bem. 2 vor § 607; Palandt-Gramm Bem. 1 vor § 607 (a.A. Palandt-Putzo § 607 Anm.) Pernau S. 31, Planck-Fald Bem. III 1 vor § 607; Regelsberger IhJB. 52, 411; BGB-RGRK-Wilde Bem. 3 vor § 607; Rubehn S. 15; Schäfer S. 10; Schönke JW 34, 2745; Schollmeyer S. 87; Schütz NJW 69, 327; Serick II § 26 III 1, 356; Stein S. 14; Sternberg IhJB. 62, 396; Stintzing S. 64; vgl. Tremboler S. 32-34; Warneyer § 607 I; Windscheid-Kipp Pand. II S. 569 ff.; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 70, 78; Unger IhJB 8, 2
- RGZ 39, 232; 52, 306; 66, 361; 68, 356; 71, 117; 74, 15; 86, 324; 103, 287; 108, 150; 161, 56; 168, 240
- RG HRR 1930, 211
- BGHZ 25, 177; BGH LM Nr. 11 zu §607; BGII DNotZ 63, 37, BGH WM 62, 114; 115; WM 62, 1265; NJW 75, 444
- BFH Höh.Fin.Rspr. 64, 455/56; NJW 66, 855;
- OLG Nürnberg JZ 59, 314; Frankfurt NJW 69, 327/28;
- AG München-Gladbach MDR 62, 581

Bemerkung: Die zitierte Rspr. enthält lediglich verbale Bekenntnisse zur Realvertragstheorie, ohne sie eingehend zu begründen.

Sofern vor der Leistung eine Vereinbarung über die Gewährung eines Darlehens getroffen wird, handelt es sich um einen Vorvertrag, der auf Abschluß des eigentlichen Darlehensrealvertrags gerichtet ist¹²⁾. Seine gesetzliche Regelung findet er in § 610 BGB¹³⁾. Geht dem Realvertrag dagegen ein Vorvertrag nicht voraus, so entsteht der Darlehensvertrag durch freiwilliges Geben und Nehmen¹⁴⁾ der Valuta.

Der Realvertrag selbst besteht aus zwei Elementen; einerseits aus der Leistung der Valuta, andererseits aus der konsensualen Vereinbarung mit dem Inhalt, daß das Geleistete ein Darlehen sein soll und daher auch zurückgeleistet werden muß¹⁵⁾. Der bloße obligatorische Konsens hat dagegen allein keine Wirkung. Nur im Zusammenwirken beider Elemente ist das schuldrechtliche Darlehensverhältnis real begründet. Man kann daher im Vergleich zu den herkömmlichen Konsensualverträgen sagen, daß erst das Leistungsgeschäft dem schuldrechtlichen zur rechtlichen Existenz verhilft. Die Abhängigkeit beider Elemente des Realvertrags wird unten (S. 34 ff) näher untersucht werden.

Die Funktion der Realleistung wird dabei unterschiedlich beurteilt. Wenn überhaupt eine Einordnung erfolgt, so findet sich meist die Bezeichnung als "materielles Qualitätserfordernis"¹⁶⁾; dies ist allerdings von der juristischen Terminologie her wenig hilfreich. Ebenso wenig aussagekräftig ist die Auffassung, sie weise die Eigenart auf, den Empfänger in der vom Leistenden einseitig bestimmten Art zu binden¹⁷⁾. Auch hierauf soll

12) Eulau S. 33; Regelsberger IhJB. 52, 411; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 61

13) BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 1; Ehrlich S. 17; Isermeyer S. 17; Serick II, § 26 III 1, 357

14) vgl. Eulau S. 28; Gentz S. 2

15) BGB-RGRK-Wilde § 607 Anm. 6; Fikentscher § 77 II 1;

16) Adler IhJB. 31, 192, 193, 203 m.w.N.; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 47

17) Windscheid-Kipp Pandekten II, S. 570

jedoch erst unten (S. 34 f) näher eingegangen werden.

Das dritte Glied des Darlehensgeschäfts sehen die Vertreter der Realvertragstheorie in einem akzessorischen Nebenvertrag, in dem Zinsleistungen vereinbart werden. Er hängt in seiner Existenz vom Bestand des Realvertrags ab¹⁸⁾. Jedoch ist eine Zinsvereinbarung innerhalb des Realvertrags dieser Auffassung nach unmöglich, weil er nur die Rückleistungspflicht erzeugt. Daher kommt die Realvertragstheorie auch zu dem Ergebnis, daß der Realvertrag selbst nur einseitig verpflichtend ist, nämlich zu Rückleistung¹⁹⁾. Gleichwohl wird er teilweise für entgeltlich gehalten²⁰⁾.

b. Begründung der Theorie

aa. Das reale Darlehen aufgrund historischer Konvention; eigene Stellungnahme

Die Realvertragstheorie wird vorwiegend im älteren Schrifttum vertreten; es findet sich daher eine gewisse Verhaftung der meisten Autoren in den historischen Grundlagen des BGB und dem Gemeinen Recht. Insbesondere die stark romanistische Beeinflussung ließ die Überzeugung von der Notwendigkeit des realen Darlehens weiter bestehen²¹⁾. Insoweit wird ergänzend auf den oben gegebenen geschichtlichen Überblick hingewiesen.

18) Crome System II S. 595; Heidbrink S. 15; Hilbert S. 1 vgl. Lübbert IhJB. 52, 382

19) Crome System II S. 596; Partiarische, S. 368; Blum 1912, S. 21; Endemann I, § 184; Enneccerus-Lehmann § 142 S. 574; Fikentscher § 77 II 1; Hilbert S. 19; Jacoby IhJB. 60, 235; Leonhard II, S. 189; Mattuschka S. 29; Oertmann Bem. 5 a vor § 607; Planck-Flad Bem. III 1 vor § 607; Schönke JW 34, 2745; Schollmeyer S. 88; BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607; Warneyer vor § 607; a.A. Cosack S. 575; Genzmer AcP 137, 194; vgl. Gernhuber JZ 59, 314; RGZ 161, 56

20) BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607

21) vgl. Kinne Gruch. 56. 468

Zusammenfassende Stellungnahme zur historischen Begründung

Die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung eines rechtlichen Tatbestands kann dazu dienen, seine gegenwärtige Existenz transparent zu machen. Sie kann jedoch nicht als Begründung für die Fortschreibung einer möglicherweise überlebten Konstruktion herangezogen werden. Auch Wommelsdorff-Friedrichsen sieht ein, daß aus geschichtlicher Sicht keine logische Notwendigkeit für das Entstehen des realen Darlehens zu finden ist²²⁾. Ein Gesetz kann sich im Lauf der Entwicklung von seinen historischen Grundlagen lösen. Dazu tragen wirtschaftliche, politische Veränderungen, sowie internationale Rechtsverflechtungen bei. Der entscheidende Maßstab muß dann die Funktionalität einer Regelung sein, d.h. die Geeignetheit zur reibungslosen und interessenausgleichenden Abwicklung des Verkehrs, sowie die logisch-systematische Möglichkeit der Einordnung in das Gesetzssystem sein.

Im übrigen bestehen auch Zweifel daran, ob die geschichtliche Entwicklung tatsächlich für die Beibehaltung des realen Darlehens spricht²³⁾. In dem, wenn auch kurzen und vereinfachenden Überblick über das Römische Recht wurde eine bis in die Zeit des Gemeinen Rechts anhaltende Tendenz zur Vereinfachung des Vertragsschlusses erkennbar. Im Gegensatz dazu kann jedoch die Realvertragstheorie nicht als unkompliziert bezeichnet werden, sondern scheint dieser fortschreitenden Entwicklung entgegenzustehen.

bb. Die Notwendigkeit des Realvertrages aufgrund des Sprachgebrauchs, der Verkehrsauffassung, des Gesetzeswortlauts und der besseren Praktikabilität²⁴⁾

-
- 22) Wommelsdorff-Friedrichsen S. 60; vgl. aber Blaß S. 27: "unumstößliches Erfordernis zum Vertragsschluß, von der römischen Rechtslehre herausgemeißelt")
- 23) vgl. Hohenstein S. 32; Krahmer S. 35; Ludwig S. 7; Scheidwimmer S. 23, 24
- 24) zum ganzen: Blum 1912, S. 26; Crome, Partiarische, S. 371; Eulau S. 17 ff.; Hilbert S. 11; Kohler, Lehrbuch S. 338; vgl. Krahmer S. 35; vgl. Ludwig S. 7; Leonhard II, S. 185;

Die genannten Gesichtspunkte wurden im weiteren zur Begründung der Realvertragstheorie herangezogen, wobei der Sprachgebrauch und die Verkehrsauffassung zusammenhängen, denn einer Verkehrssitte entspricht meist auch ein bestimmter Sprachgebrauch²⁵⁾. Man behauptet, das reale Darlehen sei praktikabler und werde dem Leben eher gerecht²⁶⁾; es sei in der Anschauung und Denkweise des praktischen Lebens begründet, daß die ihm eigentümlichen Pflichten erst durch die Hingabe erzeugt werden könnten²⁷⁾. Dies komme auch im Sprachgebrauch zum Ausdruck, denn niemand sage, er habe sich Geld geliehen, ohne das Geld auch erhalten zu haben²⁸⁾. Aufgrund der Realvertragstheorie könne der Darlehensgeber auch nicht zur Hingabe des Darlehens gezwungen werden, weil eine Leistungspflicht nicht bestehe. Dies sei zu begrüßen, denn anderenfalls könne er seinerseits in einen finanziellen Engpaß geraten, nur weil er einem anderen aus dem Darlehensvertrag verpflichtet sei²⁹⁾. Schließlich beruft man sich auf den Gesetzeswortlaut, der tatsächlich, wie auch Vertreter der Konsensualvertragstheorie konzедieren, "real" gefaßt ist³⁰⁾.

Eigene Stellungnahme

Der Sprachgebrauch kann zur Begründung nicht herangezogen werden; es ist heute durchaus üblich zu sagen, man habe

noch 24) Heck, Schuldrecht S.327; Pernat S. 33; Planck-Flad Bem. III vor § 607; Reichel, Maklerprovision S. 27; Scheidwimmer S. 25 ff.; vgl. Schloßmann IhJB. 45, 39; Schäfer S. 41 ff.; Regelsberger IhJB. 52, 412 ff.; vgl. Rosenberger S. 61,62; vgl. Vogel S. 17

25) vgl. Palandt-Heinrichs § 157 Bem. 3

26) Regelsberger IhJB. 52, 424; Stein S. 14

27) Wommelsdorff-Friedrichsen S. 52

28) Kinne Gruch. 56, 470

29) Regelsberger aaO

30) vgl. Boehmer ArchBürgR. 38, 377; Ludwig S. 11; Lübbert IhJB. 52, 366; Scheidwimmer S.24

einen Kredit aufgenommen, ohne daß man weiß, ob die entsprechende Überweisung bereits auf dem Konto eingegangen ist. Der Sprachgebrauch ist durch die regional unterschiedliche Umgangssprache verwässert und kein sachlich sicheres Kriterium, mit dem sich eine juristische Konstruktion stichhaltig begründen ließe. Andernfalls käme der Sprache in ihrer Ungenauigkeit normativer Charakter zu, was wenig sachgerecht und unvertretbar ist. Die Verkehrsauffassung dagegen kann lediglich als Auslegungshilfe herangezogen werden³¹⁾. Daß der Wortlaut des § 607 Abs. 1 BGB keine eindeutigen Schlüsse zuläßt, wurde bereits oben (S. 10,11) begründet. Die Ansicht Regelsbergers schließlich über die Nichterzwingbarkeit der versprochenen Darlehenshingabe wird schließlich dem modernen Kreditverkehr nicht mehr gerecht. Was im übrigen zur Praktikabilität gesagt werden kann, soll dem zweiten Hauptteil vorbehalten bleiben. Jedoch erscheint allein die Notwendigkeit von Vor-, Real- und Zinsvertrag nach der Realvertragstheorie sehr umständlich.

c. Die einzelnen Elemente im Rahmen des realen Darlehensgeschäfts

aa. Der Realvertrag

(1) Dogmatische Struktur; Obligationswirkung und wechselseitige Beziehung seiner Elemente; chronologische Folge

Der Realvertrag besteht, wie oben dargelegt, aus dem vollzogenen Leistungstatbestand als "realem" Teil und einem obligatorischen Konsens, der die Zweckvereinbarung als Darlehen enthält und damit auch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückgabe. Er enthält, darauf soll nochmals hingewiesen werden, keine Leistungspflicht und daher ent-

31) Palandt-Heinrichs, § 157 Anm. 3

fällt in Bezug auf den Leistungsgegenstand, die Valuta, auch die obligatorische Primär- und Sekundärebene.

Unter den Vertretern der Realvertragstheorie herrscht jedoch keine Einigkeit darüber, in welcher zeitlichen Reihenfolge die einzelnen Elemente realisiert werden.

Adler, dessen Rechtsauffassung aus dem Gemeinen Recht herührt, hat einen sukzessiven Abschluß vorgeschlagen³²⁾. Er dürfte dem Verkehr am ehesten gerecht werden, da das obligatorische Element vor der Leistung vereinbart wird. Dieser Konsens ist jedoch noch ohne rechtliche Wirkung. Bis zur Vornahme der Realleistung besteht ein "Schwebestand"; die Leistung ist erst das den Konsens "rechtlich qualifizierende Element"³³⁾. Seiner Ansicht nach ist also der Realvertrag ein Vertrag, der ohne die Leistung nicht, auch nicht bedingt, entstehen kann. Allerdings erkennt er der Leistung eine Wirkung zu, die "annähernd der einer *condicio juris*" gleichkommt³⁴⁾.

Für eine ähnliche Abschlußform setzt sich Ludwig³⁵⁾ als Vertreter der Konsensualvertragstheorie ein. Seiner Ansicht nach können beide Theorien zusammengeführt werden. Er stellt fest, daß dann die Theorien gleich sind, wenn man den obligatorischen Konsens vor der Leistung unwiderruflich herbeiführt. Infolgedessen soll die Leistung der Valuta, die dieser konsensualen Zweckvereinbarung folgt, gleich der sein, die aufgrund einer konsensualen Leistungspflicht vorgenommen wird. Bei dieser Sicht scheint er allerdings zu übersehen, daß das schuldrechtliche Element des Realvertrags keine Leistungspflicht enthält und daß daher die Leistung, die im Rahmen eines Realver-

32) *IhJB.* 31, 202-203; *Blaß* S. 54

33) ähnlich: *Wommelsdorff-Friedrichsen* S. 47, 48; *Blaß* S. 54

34) *Adler aaO.*; *Scherler* S. 25

35) *aaO.* S. 13

trags erfolgt, einen ganz anderen Zweck verfolgt, als die, die zur Erfüllung einer konsensualen Leistungspflicht vorgenommen wird.

Kohler³⁶⁾ hat für den Realvertrag und seine Elemente den Begriff des "zweifachen Synallagma" geprägt. Beide Elemente sollen seiner Ansicht nach in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen dergestalt, daß die Gültigkeit des einen von der des anderen abhängt und damit auch die Existenz des Realvertrags. Das bedeutet, daß, sofern nur ein Element vorliegt, es nach Art des Synallagma in seiner Rechtsbeständigkeit von der des anderen abhängt. Das gleiche gilt dann für das eine Element, wenn sich das andere als nichtig herausstellt.

Da Kohler jedes Handgeschäft als Realvertrag ansieht, kann seine Auffassung dazu führen, daß beispielsweise die Nichtigkeit der Übereignung einer Kaufsache auch zur Nichtigkeit der Kaufpreisleistung führt, ein Ergebnis, das er selbst für unglücklich hält. Er will daher im Einzelfall "das Band des Synallagma lockern und beide Glieder selbständiger gestalten."³⁷⁾

Teilweise wird eine Abhängigkeit der Elemente voneinander auch ganz abgelehnt³⁸⁾. Wesentlicher Ausgangspunkt dieser Autoren ist der Parteiwille; sofern die Parteien einen Realvertrag abschließen wollen, was immer der Fall ist, wenn vertragliche Verpflichtungen nur aufgrund einer vorgenommenen Leistung entstehen sollen, dann stehen beide Elemente gleichwesentlich nebeneinander. Soll dagegen ein Konsensualvertrag abgeschlossen werden, so stehen Konsens und Leistung zueinander im Verhältnis von Verpflichtung und Erfüllung.

36) ArchBürgR. 2, 212

37) Kohler ArchBürgR. 2, 212

38) Klemperer Gruch. 43, 576; ähnl. Blaß S. 54

Diesen verkehrsfähig gestalteten Formen des Realvertrags steht die Fassung Eiseles gegenüber³⁹⁾. Seiner Ansicht nach besteht das Wesen des Realvertrags in der untrennbaren Einheit und wechselseitigen Beeinflussung von Leistung und obligatorischem Geschäft⁴⁰⁾. Beide Elemente sind unselbständig, gleichsam "ineinander steckend" und verknüpft. In dem äußerlich wahrnehmbaren Tatbestand der Leistung liegt sowohl die dingliche, als auch die obligatorische Erklärung, was, wie Eisele selbst feststellt, zur Vermengung zweier unterschiedlicher Geschäfte führt⁴¹⁾. Daraus zieht er jedoch nicht den Unzulässigkeitsschluß, sondern sieht darin nur die notwendige Folge der Unselbständigkeit der Elemente. Die Notwendigkeit des realen Darlehensvertrags aber folgt für ihn daraus, daß eine konsensuale Rückleistungspflicht der der Leistung eine Verpflichtung zu etwas unmöglichem und daher nichtig sei. Auch das konsensuale Handgeschäft wird, seiner Ansicht nach, nicht den Anforderungen des Realvertrags gerecht, weil im gleichen Moment eine Verpflichtung nicht eingegangen und auch erfüllt werden könne. Sie habe, so führt er aus, keinen Moment bestanden und sei nur ein "Gedankending"⁴²⁾.

(2) Stellungnahme: Würdigung des Realvertrags als schuldrechtliche Abschlußform

Wenn man den Realvertrag in das oben dargelegte Zweck-System einbezieht, so ergibt sich folgendes Bild. Die Festsetzung des Geschäftszwecks kann erst bei Abschluß des Realvertrags erfolgen, weil zuvor ein Darlehensver-

39) Eisele ZSR aaO. S. 1 ff.

40) Eisele ZSR, S. 17. Auch der BGH, NJW 1975, 444 lehnt Teilansprüche aus dem Vorvertrag und geht offenbar von einer untrennbaren Einheit der Elemente aus.

41) Eisele ZSR, S. 13

42) Eisele ZSR S. 6, 7; ebenso: Kohler ArchBürgR. 2, 212

trag noch nicht besteht, sondern allenfalls ein Vorvertrag. Der Realvertrag trägt folglich den Geschäftszweck in sich selbst. Er dient nicht dazu, Ausgangspunkt und Anstoß für die Leistung zu sein, mit der der vorher festgesetzte Zweck erreicht werden soll. Vielmehr fallen Zweckbegründung und -verwirklichung zusammen, ähnlich wie beim Handgeschäft; hier fallen Zwecksetzung und -verwirklichung, praktisch nur durch juristische Sekunden voneinander getrennt, zusammen. Der Realvertrag trägt allerdings ein anderes Vorzeichen, da erst auf der Basis der Leistung wirksam vereinbart werden kann, daß es sich um ein Darlehen handelt. Das konsensuale Element des Realvertrags dient also der Zwecksetzung und Schaffung eines Rechtsgrundes i.S. des Nutzungszwecks damit ein sofort nach der Leistung entstehender Kondiktionsanspruch des Gebers ausgeschlossen wird. Die Leistung wird also zumindest für eine juristische Sekunde sine causa vorgenommen und darin besteht ein sehr wichtiger Unterschied zum Handgeschäft, denn erst durch die Übereignung kann der Rechtsgrund in rechtlich wirksamer Existenz entstehen.

Trotz dieser "Verdinglichung" ist auch der Realvertrag ein Vertrag des Schuldrechts, was sich bereits aus der Stellung und Regelung der "klassischen Realverträge" (Miete, Pacht, Darlehen, Leihe, Verwahrung) im Besonderen Teil des Schuldrechts ergibt. Allerdings, das erkannte schon Adler für das seinerzeit geltende Gemeine Recht, gerät man durch Mischung von realem und konsensualem Element "auf die schiefe Ebene"⁴³⁾. All diejenigen Formen des Realvertrags, die von einer derartigen Mischung ausgehen⁴⁴⁾, sind nach heutigem Recht nicht mehr begründbar. Obligatorische und dingliche Erklärung sind voneinander zu trennen, letztere ist abstrakt. Es ist daher

43) IhJB. 31, 199

44) z.B. Eisele ZSR, S. 13

nicht möglich, einer obligatorischen Erklärung gleichzeitig verfügenden Inhalt zu geben. Damit soll keinesfalls gesagt sein, daß nicht beide in einem im wesentlichen einheitlichen Akt abgegeben werden können, wie etwa beim Handgeschäft. Dies ist jedenfalls möglich, bloß muß dabei festgehalten bleiben, daß beide Erklärungen juristisch getrennt oder doch trennbar sind, obwohl sie einaktig abgegeben werden. Von einem "Ineinanderstecken" der Erklärungen kann daher beim Handgeschäft nicht die Rede sein.

Bei genauer Analyse des Eisele'schen Vertrags fällt im übrigen auch die gleichwohl vorhandene Getrenntheit der Elemente auf. Während der Leistung kann der Geber nur sagen, er übereigne diese Sachen, denn die dingliche Erklärung muß abstrakt vom Schuldgrund erfolgen. Die so erfolgte Leistung darf aber nicht zu einer rechtsgrundlosen Bereicherung führen. Also wird der Geber sofort nach der Leistung die Zweckvereinbarungserklärung des Inhalts abgeben, daß die Leistung ein Darlehen sein soll. Beide Elemente stecken folglich auch nie ineinander, wie Eisele sagt, denn vor und während der Leistung kann eine Rückleistungspflicht seitens des Nehmers auch deswegen noch nicht übernommen werden, weil sie, wie er selbst glaubt, eine Verpflichtung zu etwas Unmöglichem wäre, solange die Leistung nicht wirksam vollzogen ist. Nach der Leistung müßte daher noch die Rückleistungspflicht vereinbart werden. Daher ist der Realvertrag auch aufgrund der Prämissen Eiseles niemals eine untrennbare Einheit.

Ein "Ineinanderstecken" wäre aber auch aufgrund des Abstraktionsprinzips ausgeschlossen. Im gleichen Zusammenhang sind auch Formulierungen wie: "Das Eigentum an der Valuta bleibt belastet mit der Rückleistungspflicht"⁴⁵⁾

45) RGZ 161, 56

und "die Eigentumsübertragung beim Darlehen unterscheidet sich von jeder anderen"⁴⁶⁾, abzulehnen. Die Konsequenz dieser Ansichten ist, daß die Nichtigkeit, bzw. Nichtvornahme des einen Elements zur Nichtigkeit des schon bestehenden führt⁴⁷⁾ und damit die Selbständigkeit der Geschäfte, die vom Abstraktionsprinzip gewährleistet werden soll, aufgehoben ist. Es stellen sich also die gleichen Zulässigkeitsfragen, wie bei der Geschäftseinheit i.S. von § 139 BGB zwischen dinglichem und obligatorischem Geschäft.

Der Realvertrag ist aber auch deswegen unzweckmäßig, weil ihm kein Leistungsanspruch entspringen kann. Das gilt nun auch für die verkehrsfähigeren Formen, nicht nur für die i.S. von Eisele. Durch den vorweggenommenen obligatorischen Konsens, etwa nach Ansicht Adlers oder Ludwigs wird nämlich kein Leistungsanspruch begründet. Er enthält lediglich die Vereinbarung, daß das, was künftig geleistet werden wird, ein Darlehen sein soll. Nicht die Verpflichtung, ein Darlehen zu leisten, befindet sich daher im Schwebezustand, sondern die Entstehung einer Verpflichtung⁴⁸⁾, und zwar der Rückleistungspflicht. Adler hat darüberhinaus nicht erklärt, wie der von ihm genannte Schwebezustand rechtlich einzuordnen ist. Gesetzliche Beispiele von rechtlichen Schwebezuständen finden sich in §§ 108, 109, 158 ff. BGB. Er hat nicht ausgeführt, ob die Realleistung die Funktion der Genehmigung des Konsenses haben soll⁴⁹⁾; die Annahme einer Bedingung i.S. der §§ 158 ff. BGB aber hat er abgelehnt und die Leistung als annähernde Rechtsbedingung charakterisiert⁵⁰⁾.

46) Blum 1912, S. 21

47) so ausdrücklich Blaß S. 35, 36

48) vgl. Blum 1912, S. 41

49) so Storch S. 56, der ihr den Charakter einer rati-habitio, d.h. einer Genehmigung, zuerkennt.

50) IhJB. 31, 203, 205

Ebenso dürfte das "zweifache Synallagma" Kohlers einem Bedingungszusammenhang eigener, rechtlich nicht faßbarer Art gleichkommen, nicht dagegen einem Synallagma heutiger Rechtsauffassung; denn ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen einer Verpflichtung einerseits und einem Leistungstatbestand auf der anderen Seite ist in heute bekannte rechtliche Bahnen nicht zu lenken.

Schließlich wird auch die Ansicht, die den Realvertrag als Abschlußform in die Parteiautonomie stellt, nicht dem Parteiinteresse nach Schaffung eines Leistungsanspruchs gerecht und verhilft ihm daher nicht zu stärkerer Funktionalität.

Der Realvertrag ist aber auch von den Möglichkeiten der Rechtsbegründung her gesehen unbefriedigend. Als Vertrag, der erst durch die Leistung wirksam werden kann, begründet er lediglich den Rückleistungsanspruch⁵¹⁾. Das Geleistete selbst wurde aber nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet. Gerade darin liegt aber die entscheidende Rechtsverkürzung. Man verläßt durch den Realvertrag die sinnvolle Vorgabe des Gesetzes in §§ 362 ff. BGB. Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, daß Leistungen im Regelfall zur Erfüllung einer entsprechenden Verbindlichkeit erfolgen. Durch dieses Folgeverhältnis von Pflicht und Erfüllung eröffnet das Gesetz eine Anzahl von Rechten. Sie sind im wesentlichen in der obligatorischen Primär- und Sekundärebene gelagert, z.B. Erfüllungspflichten, Gewährleistungspflichten und sonstige Pflichten, die mit der Leistungspflicht in Zusammenhang stehen, sowie Schadensersatz- und Rücktrittsrechte bei Nichterfüllung.

51) Fikentscher §§ 12, 77 II nimmt das ausdrücklich in Kauf; der Realvertrag, so meint er, sei im geltenden Recht nicht zu leugnen (§ 12, 3); zur Mögl. des verzinslichen Realvertrags vgl. oben S. 31, Fn. 18 unter a.A.

Demgegenüber versagt der Realvertrag, denn er hat keine schuldrechtliche Primär- und Sekundärebene. Wenn nämlich beim Realvertrag die Leistung zum Tatbestand des obligatorischen Geschäfts gehört, so können sich die diesem Realvertrag entspringenden Pflichten nicht mehr auf Quantität und Qualität der Leistung erstrecken, sondern sie können nur Rechte für die Zeit nach der Leistung begründen.

Die Folge davon ist, daß der Darlehensnehmer rechtlos ist, sofern der Darlehensgeber irgendetwas tut, was nicht im beiderseitigen Interesse ist. Kritischer Ansatzpunkt ist der, daß der Realvertrag durch freiwilliges Geben und Nehmen begründet wird. Der Darlehensgeber kann also entscheiden, ob er leisten will, wie er leistet usw., ohne daß der Darlehensnehmer Möglichkeiten hat ihn zur Leistung zu zwingen und später aus einer Verpflichtung Rechte herzuleiten. Jegliche Gewährleistung und jede Haftung wegen Nichterfüllung aus dem Realvertrag ist daher logisch ausgeschlossen⁵²⁾, was historisch auch sein Zweck ist.

Darüberhinaus wird der Darlehensgeber bei nichtigem Realvertrag lediglich auf einen Wertersatzanspruch aus § 818 II BGB beschränkt. Denn wegen der gegenseitigen Abhängigkeit der Elemente ist in jedem Fall auch das Übereignungsgeschäft nichtig. Daher scheidet ein Vindikationsanspruch, wenn die Valuta bereits weitergegeben wurde, aus; bereicherungsrechtlich besteht lediglich eine Besitzkondition, die sich nach Weitergabe der Valuta nur als Wertersatzanspruch realisieren läßt. Beim Konsensualvertrag käme demgegenüber das Abstraktionsprinzip zur Geltung.

Der Realvertrag ist also ein schuldrechtlicher Fremdkörper. Zwar wird auf sonstige praktische Besonderheiten

52) vgl. Boehmer ArchBürgR. 38, 328/29

erst im II. Hauptteil eingegangen werden. Bereits aufgrund des bisher zur Dogmatik gesagten sollte aber auf ihn als Abschlußform verzichtet werden.

bb. Der Vorvertrag

Den rechtlichen Nachteil, der aus dem Nichtbestehen einer Leistungspflicht resultiert, versuchen die Vertreter der Realvertragstheorie dadurch zu kompensieren, daß sie dem eigentlichen Darlehensvertrag einen Vorvertrag vorschalten⁵³⁾. Nur diesem können daher auch Pflichten, die sich auf die Darlehensgewährung beziehen, entspringen⁵⁴⁾.

(1) Konstruktion und Stellungnahmen in der älteren Literatur

Sofern die Durchsetzbarkeit einer Forderung, die auf Hingabe eines Darlehens gerichtet ist, nicht schlechthin abgelehnt wird⁵⁵⁾, kann dem Realvertrag ein Vorvertrag in den Formen des pactum de mutuo dando ... accipiendo ..., pactum de mutuo dando et accipiendo, also ein- und zweiseitig verpflichtend⁵⁶⁾, vorangehen. Er wird im Sinn von Thöl⁵⁷⁾ verstanden als ein Vertrag, der einen Vertragsschluß verspricht. Thöl geht sogar davon aus, daß vor jedem Realvertrag notwendig ein Vorvertrag bestehen muß, weil dem Geben notwendig ein darauf gerichteter Konsens vorausgeht⁵⁸⁾. Eisele spezifiziert die hM und sieht im Darlehensvertrag einen Sicherungsvertrag⁵⁹⁾. Darin verpflichtet sich der Kapitalnehmer, einen Realvertrag mit dem Kapitalgeber abzuschließen und umgekehrt; sowie alle

53) Wommelsdorff-Friedrichsen S. 77; "dringendes Bedürfnis zur Sicherung des kaufmännischen Verkehrs".

54) Wommelsdorff-Friedrichsen S. 61

55) Regelsberger IhJB. 52, 424

56) vgl. Eisele ZSR. S. 25; Isermeyer S. 26; Rosenberger S. 33; Schäfer S. 6 ff.

57) Thöl, Handelsrecht I § 246

58) Thöl aaO. § 246 S. 781; ihm offenbar folgend: Blaß S. 58; Schloßmann IhJB. 45, 68; aa.: Stintzing S. 61

59) ZSR. aaO. S. 24; ebenso: Isermeyer S. 24

zum Zustandekommen des Realvertrags notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen. Bei Abschluß des Realvertrags müssen daher im obligatorischen Konsens Erklärungen nahezu gleichen Inhalts abgegeben werden.

Gegen diese unter den Vertretern der Realvertragstheorie herrschende Auffassung der Notwendigkeit des Vorvertrags⁶⁰⁾ hat sich Widerspruch erhoben. Stintzing⁶¹⁾ sieht es als sinnlos an, daß der durch Vorvertrag bereits Verpflichtete sich verpflichtet, den durch Vorvertrag Berechtigten zu verpflichten, nämlich zur Rückleistung, bzw. sich selbst zu berechtigen, nämlich als Rückzahlungsgläubiger. Vielmehr soll seiner Ansicht nach der Realvertrag auf Anforderung des dadurch Begünstigten entstehen. Ebenso glaubt Schloßmann⁶²⁾, es sei kein Raum für einen Vorvertrag, da zwischen dem konsensualen Element des Realvertrags und dem Vorvertrag Identität bestehe. Storch⁶³⁾ hält die reale Natur des Darlehens und die konsensuale Vorvertragspflicht für unvereinbar. Seiner Ansicht nach ist die Verpflichtung, ein versprochenes Darlehen zu geben, dem konsensualen Darlehen gleich zu achten. Die im Vorvertrag enthaltene Erklärung, künftig zu wollen, sei bereits der erklärte Wille selbst, da in ihn der Vertragsgegenstand "Darlehen" aufgenommen sei. Somit gehe der Wille nicht auf ein zukünftiges Sich-Binden-Wollen, sondern bereits auf das konkrete Objekt. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt auch Boehmer. Er hält es für lebensfremd, konsensuale Darlehenspflichten abzulehnen, ebenso konsensuale aus Vorvertrag aber zuzulassen⁶⁴⁾. Keiner der Parteien leuchte es ein, wenn sie anläßlich der Hingabe des Darlehens einen Vertrag gleichen Inhalts schließen müsse. Dem ist allerdings Kinne⁶⁵⁾

60) Blaß S. 58; Eulau S. 24; BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 1; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 77 ff. statt vieler

61) aaO. S. 63

62) IuJB. 45, 68

63) aaO. S. 53, 57, 60

64) Boehmer ArchBürgR. 38, 326; ablehnend auch Larenz II § 51 II, S. 193

65) Gruch. 56, 471

mit der Bemerkung entgegengetreten, im Realvertrag müsse auch noch die Rückleistungspflicht übernommen werden, so daß ein völlig identischer Doppelkonsens nicht vorliege.

(2) Heutiger Vorvertragsbegriff und eigene Stellungnahme

Nach heutiger Auffassung versteht man unter einem Vorvertrag einen schuldrechtlichen Vertrag, durch den die Pflicht zum Abschluß des Hauptvertrags begründet wird und zwar so präzise, daß die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte bereits geeinigt haben und der Inhalt des Hauptvertrags zumindest bestimmbar ist⁶⁶⁾. Davon abweichend hat der Darlehensvorvertrag regelmäßig die Pflicht zum Inhalt, in Zukunft ein Darlehen zu geben und dabei die Rückleistung zu vereinbaren, wobei regelmäßig die Verpflichtung zu einer Vermögensverfügung bereits im Vorvertrag enthalten ist.

Nach heutiger Auffassung kommt der Abschluß eines Vorvertrags immer dann in Betracht, wenn der Abschluß des Hauptvertrags aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten noch nicht möglich ist⁶⁷⁾. Ein Vorvertrag ist demnach immer der Ausnahmefall⁶⁸⁾, nicht jedoch eine geschäftstypische Regelabschlußform, wie dies nach der Realvertragstheorie der Fall ist. Denn wenn die Parteien durch eine Abmachung bereits den wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen wollen, dann liegt in ihrer Einigung meist schon der Hauptvertrag⁶⁹⁾. Die Ausnahmestellung des Vor-

66) Fikentscher § 23; Henrich S. 84 ff.; Larenz I § 7; Palandt-Heinrichs Bem 4 vor 145; BGH NJW 62, 1812
BGH BB 1968, 12; OLG Frankfurt MDR 73, 759

67) Bandmann JW 38, 1332/33; BGB-RGRK-Krüger-Nieland Bem 13 vor § 145; Henrich S. 115; BGH NJW 1962, 1812/13; BGH DNotZ 63, 362; WM 63, 662; LM Nr. 3 zu § 162 BGB

68) Bandmann aaO; BGB-RGRK aaO.; Henrich S. 114
BGH LM Nr. 40 zu § 256 ZPO

69) Henrich S. 115

vertrags hat ihren Grund in nicht zu übersehenden rechtlichen Schwierigkeiten: Kriterien für eine hinreichende inhaltliche Bestimmtheit sind nicht leicht zu systematisieren⁷⁰⁾; bei einer Klage auf Abschluß des Hauptvertrags steht das Gericht vor der Schwierigkeit, noch nicht geregelte Vertragspunkte zu bestimmen, von denen es häufig gar nicht wissen kann, wie die Parteien sie ausgestaltet hätten⁷¹⁾. Vom Ansatz her sind die Vertreter der Realvertragstheorie bereits beim Konsensualvertrag, ohne dies wahrhaben zu wollen. Denn wenn Thöl sagt, jedem Realvertrag müsse ein Vorvertrag vorausgehen, dann besteht der Realvertrag doch im wesentlichen nur noch im Vollzugsgeschäft. Die meisten Pflichten sind bereits vorvertraglich geregelt und zwar endgültig. Als regelungsbedürftiger Punkt verbleibt lediglich die Rückleistungspflicht, über die jedoch keinerlei Ungewißheit bei den Parteien besteht.

Daraus folgt, daß der Darlehensvorvertrag als regelmäßiger Weg zur Begründung eines "Quasileistungsanspruchs" unpassend ist. Im Rahmen des Schuldrechts mutet es gekünstelt an, wenn ein Leistungsanspruch nur einem Vorvertrag entspringen kann, nicht aber einem normalen, typischen oder atypischen Schuldvertrag. Abzulehnen ist daher die Zwangsläufigkeit, mit der die Realvertragstheorie die vor der Leistung erfolgenden Vereinbarungen in die Rechtsfigur des Vorvertrags drängt, obwohl er zumindest nach heutiger Auffassung nur eine Ausnahme darstellt. Im übrigen wird es auch abgelehnt, in einem Vorvertrag bereits die Verpflichtung zu einer Verfügung aufzunehmen⁷²⁾. Eine solche enthält jedoch der Darlehensvorvertrag und

70) Larenz I § 7 I, S. 73, 74; RGZ 66, 116 ff.; BGH BB 53, 958

71) vgl. Henrich S. 114

72) Palandt-Heinrichs Bem 4 b vor § 145

sie widerspricht dem eigentlichen Vorvertragsbegriff. Denn der Vorvertrag soll nur sicherstellen, daß der endgültig zur Verfügung verpflichtende Hauptvertrag abgeschlossen wird. In der Praxis wäre jeder unterzeichnete Formularvertrag einer Bank nur ein Vorvertrag, obwohl niemand weitere, regelungsbedürftige Punkte ins Auge faßt. Stillschweigend müßte der Konsens mit dem Inhalt des Formularvertrags wiederholt werden, woran tatsächlich niemand denkt. Diesem Ergebnis weicht nicht Adlers⁷³⁾ Lösung über die sukzessive Entstehung des Realvertrags aus. Denn der antizipiert gefaßte Konsens des Realvertrags ist mit dem Inhalt eines Formularvertrags nicht identisch, er enthält nur die Zweckvereinbarung, nicht jedoch einen Anspruch auf Leistung eines Darlehens.

Aus alledem folgt meiner Ansicht nach, daß beim Abschluß eines Darlehensvertrags die Voraussetzungen eines Vorvertrags, zumindest im Regelfall, nicht erfüllt sind. Auch aus diesem Grund vermag die Realvertragstheorie nicht mehr zu überzeugen.

3. Die Theorie des Konsensualvertrags

a. Inhalt und rechtliche Konstruktion des Darlehensgeschäfts

In der Literatur vorherrschend ist heute die Meinung, daß der Darlehensvertrag ein Konsensualvertrag ist, wie andere Schuldverträge auch⁷⁴⁾.

73) s. oben S.

74) Affolter ArchBürgR. 26, 1 ff.; Boehmer ArchBürgR. 38, 325 ff.; ders., Erfüllungswille, S. 31, 32; ders. Einführung in das Bürg. Recht S. 253; Collatz S. 23; Demeilius IhJB. 3, 402, 408; Erman-Wagner § 607 Anm. 1; Esser II 9 86 I; Franck S. 43; Genzmer AcP 137, 197; Heck, Bes. SchuldR. § 106, S. 326/27; Gernhuber JZ 59, 314; Gentz S. 12; Heidbrink S. 26; Hilbert S. 35; Henrich S. 79; Hoeniger ArchBürgR. 33, 280; Hohenstein S. 27; Klemperer Gruch. 43, 570/71: (im Ausnahmefall); Kreß II, S. 148 (auch möglich); vgl. aber Kreß I S. 97, 98; Kramer S. 41, 45, 49; Kohler ArchBürgR. 2, 211, 213; 33, 9; Lammfromm S. 208 ff.; Larenz II S. 189 ff.; Leonhard II S. 186 (im Ausnahmefall); Ludwig S. 7 ff.; Lübbert IhJB. 52, 313, 369 ff.; v. Lübtow S. 90; Mattuschka

Mit dem Zustandekommen des Konsenses ist der Darlehensvertrag abgeschlossen, durch den sich der Geber zur Leistung, der Nehmer zur Rückleistung verpflichtet. Weiterhin können akzidentell Zins- und Sicherungspflichten im Darlehensvertrag selbst übernommen werden, was bei den meisten Geschäftsdarlehen der Fall sein wird.

b. Begründung

Für diese Theorie sprechen all die Gründe, die gegen die Realvertragstheorie ins Feld geführt wurden. Die Begründung kann daher relativ kurz sein.

Der Konsensualvertrag ist die Folge des im Schuldrecht geltenden Konsensprinzips⁷⁵⁾. Er enthält eine Leistungspflicht für den Geber, so daß nicht eigens ein Vorvertrag abgeschlossen werden muß, um dieses Ergebnis zu erreichen. Als Begründung werden daher, ebenso, wie bei der Realvertragstheorie, die Verkehrsauffassung und die sich daraus bildende Verkehrssitte angeführt⁷⁶⁾, mit einigem Recht, denn der konsensuale Leistungsanspruch sichert die Kalkulation des Kapitalnehmers komplikationslos. Der Darlehensvertrag enthält auch eine Rückleistungspflicht⁷⁷⁾. Die Vertreter der Realvertragstheorie sagen dagegen, es entspreche nicht der Verkehrsauffassung, die Rückzahlungs-

noch 74) S. 19 (vermittelnd); Mügel Gruch. 54, 24; Neumann-Duesberg BB 66, 308; NJW 70, 1404; Ohlhoff S. 24; Palandt-Putzo Bem. 1 vor § 607; Predari Gruch. 57, 736; vgl. Reichel LZ 15, 1207; ders. Mäklerprovision S. 18; Schloßmann IJb. 45, 71; Rosenberger S. 49 ff.; Scheidwimmer S. 54 ff.; Siber IJb. 70, 246 ff.; Soergel-Lippisch Vorben. 2, zu § 607; Staudinger-Riedel Bem. 2 vor § 607; Scherler S. 32; Tremboles S. 18, 19, 35, 38; v. Tuhr BGB AT S. 495; Vogel S. 21 ff.; Wüstendörfer AcP 110, 236; Zunft NJW 58, 1331; RGZ 32, 365 ff. (mit Geltung für das Rheinische Recht) OLG Hamburg MDR 63, 459

75) vgl. Fikentscher § 12, 1

76) vgl. Kohler ArchBürgR. 2, 219; Schäfer S. 45; Scheidwimmer S. 27, 33, 34; OLG Hamburg MDR 63, 459: "entsprechend der Auffassung des Lebens"

77) In ihrem Bestand erblickt man keine substanziellen Bedenken. Im einzelnen zur Rückleistungspflicht unten S. 49 ff.

pflicht vor der Leistung zu begründen, denn das Darlehen sei etwas Reales. Die Konsensualtheorie stützt demgegenüber ihre Argumentation dadurch, daß sie sagt, es entspreche nicht der Verkehrsauffassung, anläßlich der Leistung nochmals einen Vertrag zu schließen, den man längst für existent hält.

Der Konsensualvertrag führt darüberhinaus zu einer übersichtlichen Gütersonderung, indem er obligatorisch festlegt, was später real geleistet wird. Die Zweckverwirklichung ist der Zwecksetzung chronologisch nachgeordnet, so daß die Güterbewegung auf "obligatorisch gesicherter Bahn" vorgenommen wird. Damit paßt er sich ins gesetzliche Obligationssystem von Leistungspflicht und Erfüllung, §§ 362 ff. BGB, ein. Als einheitliches Anspruchsgebilde ist er auch konstruktiv der schwerfälligen dreiteiligen Abschlußform der Realvertragstheorie überlegen.

c. Die konsensualen Pflichten

Der Kapitalgeber übernimmt die im einzelnen nach Zahlungsmodus, -zeitpunkt und -adressat bestimmte Leistungspflicht; zusätzlich trifft ihn die Kapitalbelassungspflicht, deren Zweckmäßigkeit bereits oben erörtert worden ist. Als Entgelt hierfür geht der Darlehensnehmer zu- meist die Zinsleistungspflicht ein, was zu einem Vergleich des verzinslichen Darlehens mit der Miete geführt hat⁷⁸⁾. Der verzinsliche Darlehensvertrag ist daher auch ein gegenseitiger Vertrag i.S. der §§ 320 ff. BGB⁷⁹⁾. Dagegen kann eine Annahmepflicht des Darlehensnehmers nicht in jedem

78) vgl. Larenz II, S. 191; Lübbert IhJB. 52, 363; "Die Kreditmiete hat wirtschaftlich und rechtlich größte Ähnlichkeit mit der Sachmiete.", S. 369 ff.; Scherler S. 26, 27

79) Palandt-Putzo § 607 Anm. 1
BGH DNotZ 63, 35, 37; BGHZ 19, 282, 288

Fall angenommen werden⁸⁰⁾; denn beim Darlehen besteht eine andere Interessenlage gegenüber der, die zur Schaffung des § 433 II BGB geführt hat. Es wird sich daher insoweit um eine Auslegungsfrage des Einzelfalles handeln. Entscheidendes Kriterium hierbei ist die Frage, ob auch der Kapitalgeber ein Interesse an der Abnahme der Valuta hat. Das ist bei gewerblichen Kapitalanlagegeschäften der Banken der Fall, ebenso dann, wenn die Realisierung bestimmter Projekte mit dem Kapital sichergestellt werden soll, so daß eine Verwertung des Kapitals mit Zweck des Vertrags ist. Das verzinsliche Darlehen hat daher zumindest bei entsprechender Zweckverfolgung auch eine Abnahmepflicht, während eine solche beim unverzinslichen nicht besteht, weil das einem Zwang des Nehmers zu seinem Vorteil gleichkäme⁸¹⁾.

aa. Speziell: Die Rückleistungspflicht nach konsensualem Darlehensvertrag

Über Entstehung und Bedeutung der Rückleistungspflicht herrscht allerdings auch innerhalb der Konsensualtheorie weder Klarheit und Einigkeit, sofern die Autoren auf ihre gesonderte Problematik überhaupt eingehen. Im wesentlichen lassen sich drei Gruppen unterscheiden, deren Grenzen allerdings fließend und häufig nur terminologischer Natur sind.

Eine Reihe von Autoren befindet sich in unmittelbarer Nähe der Realvertragstheorie, überwiegend im älteren Schrifttum. Man begegnet hier wieder der Ansicht, die Realleistung sei denknotwendige Voraussetzung der Rückzahlungsverpflichtung, da sie nicht primär durch den Vertrag, sondern

80) Boehmer ArchBürgR. 38, 324/25; Eisele ZSR aaO.S. 16; Hilbert S. 12; Hohenstein S. 93; Lübbert IhJB. 52,38; Schäfer S. 31,32; Schütz NJW 69, 327; Soergel-Lippisch § 607 Anm. 3; BGH WM 62, 114

81) BGH WM 62, 114 (115,116)

sekundär infolge der Durchführung der Leistung entstehe⁸²⁾. Letztlich kommt dies der Auffassung gleich, Rückleistung sei ohne Leistung nicht denkbar⁸³⁾. Lammfromm sieht sogar keine andere Möglichkeit, als zu behaupten, hinsichtlich der Rückleistungspflicht sei das Darlehen auch aus konsensualer Sicht ein Realvertrag⁸⁴⁾. Die Obligierung des Empfängers vor der Auszahlung werde nur durch die allmählich vor sich gegangene Kapitalisierung der Forderung ermöglicht, die durch die Umbildung selbst zu einer Art res geworden sei⁸⁵⁾. Ferner wird die Leistung als Tatbestandselement angesehen⁸⁶⁾. Dingliche Übertragung und Rückleistungspflicht bilden demnach eine Einheit⁸⁷⁾ und nur in dieser Verbundenheit stellen sie die Darlehensleistung dar⁸⁸⁾, so daß ohne Eigentumsleistung kein Darlehen bestehen kann⁸⁹⁾. Im Ergebnis kann man also auch innerhalb der Konsensualtheorie eine stark reale Verhaftung feststellen dergestalt, daß vertreten wird, die Rückleistungspflicht entstehe erst "re"⁹⁰⁾, also durch Leistung der Valuta.

In ihrer Beschreibung der Rückleistungspflicht nicht ausgesprochen "real" sind nachstehend zitierte Autoren.

Sie halten eine Rückleistungspflicht vor der Hingabe der Valuta für möglich⁹¹⁾, ohne allerdings Klarheit darüber

82) Hilbert S. 362; Hohenstein S. 33

83) vgl. Schloßmann IhJB. 45, 4

84) Lammfromm S. 215

85) Lammfromm S. 215

86) Hoeniger ArchBürgR. 33, 292 (auch BGH LM Nr. 11 zu § 607 allerdings für den Realvertrag)

87) Scheidwimmer S. 62 in Folge der Ansicht von RGZ 161, 56, das allerdings den Realvertrag vertritt.

88) s. Note 89

89) Erman-Wagner § 607 Anm. 3

90) Affolter ArchBürgR. 26, 5

91) Boehmer ArchBürgR. 38, 324; Glaub S. 26; Henrich S. 79; Larenz II S. 192; Hilbert S. 20, 43 stellt sogar ausdrücklich fest, daß die Rückleistungspflicht schon vor der Leistung begründet ist, ebenso: Lübbert IhJB. 52, 342, wonach die Rückleistung stets vereinbart ist, 350, 354/55

zu schaffen, welchen Einfluß die Leistung auf die Entstehung der Rückleistungspflicht hat. Auch sie bringen nämlich Leistung und Rückleistungspflicht durchaus in Zusammenhang. Die Leistung soll das Schuldverhältnis "in Gang" setzen⁹²⁾. Die Rückleistungspflicht soll durch die Leistung "materiell perfekt"⁹³⁾, bzw. "aktualisiert" werden⁹⁴⁾; teilweise wird auch der Schluß gezogen, es handele sich vor der Leistung um eine "potentielle" Rückleistungspflicht⁹⁵⁾. Der Anspruch des Kapitalgebers soll in "eigenartiger" Weise von der Leistung abhängen⁹⁶⁾, so daß dieser ihn nur dann besitzt, wenn er sich selbst vertragsgemäß verhalten hat, indem er leistete⁹⁷⁾.

Es wurden aber auch darüberhinausgehende Überlegungen angestellt. Einige Autoren haben zur Kapitalleistung die zeitliche Komponente der Dauerleistung hinzugezogen. Ihrer Ansicht nach entsteht die Rückleistungspflicht erst nach der Beendigung des Dauerschuldverhältnisses, d.h. nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit⁹⁸⁾.

Das Rückgabeversprechen wird als essentialium des Darlehens angesehen⁹⁹⁾ und die Valutaleistung stellt sich in Bezug auf die Rückleistungspflicht als ein durch die Struktur des Geschäfts vorgeschriebenes, integrierendes Erfordernis dar¹⁰⁰⁾. Die Rückleistungspflicht entsteht daher aufgrund der Zweckvereinbarung, der Leistung und des Ablaufs des Dauerschuldverhältnisses¹⁰¹⁾.

In gleicher Weise gehen die Meinungen über die Bedeutung der Rückleistungspflicht auseinander.

92) Larenz II § 51 II S. 193

93) Lübbert IhJB. 52, 359

94) Boehmer ArchBürgR. 38, 324; ders.: Erfüllungswille S. 30
Kohler ArchBürgR. 2, 219; Scherler S. 24, 25

95) Scherler S. 25

96) Lübbert IhJB. 52, 359

97) vgl. Tremboler S. 27, 38

98) Esser II § 86 I S. 209; v. Lübtow S. 98; vgl. Neumann-Duesberg BB 66, 308

99) Esser II § 86 I S. 213

100) v. Lübtow S. 90

101) v. Lübtow S. 98

Hierbei sind Auffassungen, die ihr keinerlei¹⁰²⁾ oder nur untergeordnete¹⁰³⁾ Bedeutung beimessen, wohl nur noch historisch zu erwähnen. Im allgemeinen wird ihr Begrenzungsfunktion zugemessen¹⁰⁴⁾. Sie wird als Abwicklungspflicht, wie die Rückleistungspflicht des Mietvertrags angesehen¹⁰⁵⁾.

Larenz allein beurteilt ihre Bedeutung m.E. nach angemessen, weil er darauf hinweist, daß sie, zumindest aus wirtschaftlicher Sicht, das verbrauchte Kapital repräsentiert¹⁰⁶⁾. Deshalb kann sie seiner Ansicht nach nicht lediglich der Abwicklung dienen.

bb. Kritik

Nach all diesen Ansichten läßt sich das Verhältnis des Leistungsgeschäfts zur Rückleistungspflicht und damit dessen Funktion bei ihrer Entstehung nicht klar erkennen. Sofern ein vorwiegend "realer Standpunkt" eingenommen wird, wird zwar die Notwendigkeit einer Kombination von beiden Elementen deutlich; eine "kapitalisierte Forderung" oder eine "Übereignung, die mit einer Rückleistungspflicht belastet ist", sind jedoch keine rechtlich faßbaren Gesichtspunkte. In gleicher Weise bleiben auch die stärker konsensual beeinflussten Autoren eine Systematisierung schuldig, denn "materielle Perfektion" und "Aktualisierung" (diese allenfalls dann, wenn man die Rückleistungspflicht als gesetzliche qualifizieren könnte) sind ebenfalls keine Kriterien, die den Zustand der Rückleistungspflicht vor der Leistung erklären könnten. Offen bleibt nämlich, wie ge-

102) Schloßmann IhJB. 45, 46, der sagt, der Geber rechne von vorneherein mit der Verwertung der Sicherheit und nicht mit der Rückleistung des Kapitals

103) Glaub S. 35, 36

104) Boehmer, Erfüllungswille S. 28

105) Boehmer, Erfüllungswille S. 30; Esser II § 86 S. 21; Glaub S. 35; Kreß II S. 144; v. Lübtow S. 98; Siber IhJB. 70, 284

106) Larenz II S. 190

artet die "nicht aktualisierte Pflicht" ist. Auch bei diesen Autoren ist allerdings die Mühe zu erkennen, zur Sicherstellung des Kapitalnehmers, der nicht ohne Leistung zur Rückleistung verpflichtet sein will, ein Korrektiv in diese Pflicht einzubauen.

Diejenigen, die die Rückleistungspflicht erst dann bejahen, wenn das Dauerschuldverhältnis beendet ist, umgehen das Problem und befinden sich auch nicht im Einklang mit dem Gesetz. Im Gegensatz zu § 556 BGB, der ausdrücklich eine Rückleistungspflicht erst nach der Beendigung der Mietzeit vorsieht, sagt § 607 I BGB lediglich, daß der Empfänger zur Rückleistung verpflichtet ist und zwar ohne zeitliche Sperre. Schon daraus folgt die andersartige Gewichtigkeit des Rückzahlungsanspruchs aus dem Darlehensvertrag gegenüber den Abwicklungsansprüchen aus Miete, Leihe und Pacht. Es ist m.E. nach offensichtlich, daß durch die Formulierung von § 607 I BGB eine gesetzliche Kompensation dafür geschaffen wurde, daß beim Darlehen neben dem obligatorischen Rückzahlungsanspruch kein Vindikationsanspruch besteht.

Auch § 609 BGB geht von einer bereits während des Dauerschuldverhältnisses bestehenden Pflicht zur Rückleistung aus, indem er deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängig macht. Fällig werden kann aber nur etwas, was vorher schon existierte¹⁰⁷⁾. Zu Komplikationen führt diese Auffassung auch in Zusammenhang mit Sicherungsrechten. Akzessorische Sicherungsrechte für diese Rückleistungspflicht können zwar auch für künftige oder bedingte Forderungen bestellt werden (§§ 1113 II, 765 II BGB). Alle Autoren bleiben jedoch eine Antwort darauf schuldig, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn die zu sichernde Pflicht selbst während des gesamten Dauerschuldverhältnisses nicht besteht.

107) v. Lübtow S. 98; Fußn. 482; er sieht sich an diese klare gesetzliche Aussage nicht gebunden!

Der Rückleistungspflicht kommt daher nicht lediglich untergeordnete Bedeutung zu. Die Auffassung Schloßmanns¹⁰⁸⁾ geht unter Verwechslung der Prioritäten am heutigen Recht vorbei, denn regelmäßig ist die Verwertung der Sicherheit erst die zweite Stufe der Realisierung der Rechte des Kapitalgebers. Bis zur Erlangung der Gewißheit, daß die Forderung ausfällt, besteht vielmehr eine fiduziarische Bindung des Sicherungsnehmers, wenngleich seine Verfügungsmacht gemäß § 137 BGB hierdurch nicht eingeschränkt ist.

Ungeachtet dieser kritischen Ansatzpunkte ist der Konsensualvertragstheorie im Grundsatz zu folgen. Zu klären bleibt aber die Rückleistungspflicht. Dazu soll unten im eigenen Lösungsvorschlag näher eingegangen werden.

4. Vermittelnde Auffassungen

Eine Anzahl von Autoren vermeidet die alternative Entscheidung zwischen den Theorien und wendet beide, Real- und Konsensualtheorie an¹⁰⁹⁾. Man argumentiert, über die Abschlußform entscheide die Parteiautonomie, d.h. der jeweilige, beim Vertragsschluß zutage tretende Wille¹¹⁰⁾, ferner führe der Beginn des Darlehensgeschäfts mit der Leistung zur Annahme des Realvertrags, der Beginn mit einer Vereinbarung aber zum Konsensualdarlehen¹¹¹⁾. Es soll ein Konsensualvertrag dann vorliegen, wenn den Nehmer eine Annahmepflicht trifft¹¹²⁾. Schließlich halten einige das verzinsliche Darlehen für ein Konsensualdarlehen, das unverzinsliche dagegen für ein Realdarlehen¹¹³⁾.

108) vgl. Note 102

109) Brütt S. 17 ff.; Enneccerus-Lehmann § 142 S. 575; Gentz S. 5; Genzmer ACP 137, 197; Hilbert S. 64; Hohenstein S. 35; Klemperer Gruch. 43, 576; Kohler ArchBürgR. 2, 211; 33, 2; ders. Lehrbuch S. 337; Kreß II S. 148; Leonhard II S. 196; Meyer S. 18; Mügel Gruch. 54, 3; Schäfer S. 31-34, 45; Siber IhJB. 70, 249 ff.; Soergel-Lippisch § 607 Anm. 2

110) Hilbert S. 64; Meyer S. 18; Scheidwimmer S. 17

111) Hohenstein S. 35; Mattuschka S. 19

112) Siber IhJB. 70, 250; Schäfer S. 31, 32, 34

113) Gentz S. 5, Glaub S. 33

Auf die Haltbarkeit derartiger Differenzierungen soll nicht eingegangen werden, da sich die Hauptproblematik der Arbeit nach der Erörterung der Theorien auf die Rückleistungsproblematik zuspitzt.

VIII. Das unverzinsliche Darlehen

1. Rechtscharakter und Streitstand

Bei Erörterung der vermittelnden Auffassungen zum Darlehensvertrag war deutlich geworden, daß der Charakter des unverzinslichen Darlehens dem des verzinslichen nicht gleichgeachtet wird¹¹⁴⁾.

Infolge seines nicht übersehbar stärker ausgeprägten Gefälligkeitscharakters wird ihm eine dem verzinslichen Darlehen entsprechende Verbindlichkeit abgesprochen¹¹⁵⁾, zumindest, was die Leistungspflicht angeht. Nach Ansicht Boehmers dokumentiert sich der Verpflichtungswille erst in der Vornahme der Realleistung¹¹⁶⁾, die jedoch im Rahmen eines obligatorischen Handgeschäfts erfolgt. Andere allerdings sehen darin gerade die typische Interessenlage für den Abschluß eines Realvertrags¹¹⁷⁾, da das Geschäft

114) Affolter ArchBürgR. 26, 4, 5; Blum 1912, S. 25; Boehmer ArchBürgR. 38, 327; Demelius IhJB. 3, 409; Enn.-Lehmann § 142 V S. 577; Gentz S. 5; Heck, SchuldR. S. 24; Hohenstein S. 79; Krahmer S. 29, 80, 84; Kreß I S. 91; Kohler ArchBürgR. 33, 20; Lübbert IhJB. 52, 355, 370; Palandt-Putzo Bem. 1 vor § 607; Planck-Flad Bem. 7 zu § 607; Reichel LZ 15, 1207; Regelsberger IhJB. 52, 420/21; Schäfer S. 33, 34, 45, Scheidwimmer S. 75, 77; Schloßmann IhJB. 45, 65; Siber IhJB. 70, 246 Anm. 4; Staudinger-Riedel § 607 Anm. 31; Trembolier S. 33

115) Boehmer, Kreß, Hohenstein aaO.

116) Boehmer aaO.

117) Gentz, Kreß, Schäfer, Schloßmann, Siber aaO.

ihrer Auffassung nach nur den Vorteil des Kapitalnehmers bezweckt und dieser auch nicht vor der Leistung des Darlehens zur Rückleistung verpflichten will; denn wegen des Gefälligkeitscharakters weiß er nicht, ob der Kapitalgeber einer etwa bestehenden Leistungspflicht auch erfüllen würde¹¹⁸⁾. Schließlich wird als Abschlußform ein Gefälligkeitsvertrag, vergleichbar der Leihe, vorgeschlagen¹¹⁹⁾.

Teilweise wurde darüberhinaus versucht, Analognormen anderer Vertragstypen für das unverzinsliche Darlehen zu finden, weil das Gesetz keine Unterschiede zwischen Geschäfts-, Anlage-, Groß- und Gefälligkeitskredit gemacht hat¹²⁰⁾. In diesem Zusammenhang wurde es dem Schenkungsrecht unterstellt¹²¹⁾, wobei das Geschenk in der unentgeltlichen Nutzungsmöglichkeit des Kapitals liegt; Reichel schlug die Anwendung von Auftragsrecht (z.B. § 671 BGB) vor¹²²⁾.

2. Kritik und Stellungnahme

Der Rechtscharakter des unverzinslichen Darlehens wird nur am Einzelfall entschieden werden können. In ihm regelmäßig einen Gefälligkeitsvertrag zu sehen, ist eine zu enge Sicht. Ebenso ist auch die Auffassung, es handele sich um eine Schenkung, mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen, denn hier ist das unverzinsliche Darlehen als der Regelfall hingestellt. In § 608 BGB heißt es nämlich: "Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen ...".

Man wird vielmehr folgende große Fallgruppen unterscheiden müssen. Wird ein unentgeltliches Darlehen im rein

118) Tremboler S. 33

119) Staudinger-Riedel § 607 Anm. 31

120) vgl. Palandt-Putzo Vorbem. zu § 607

121) Cosack S. 575; vgl. Kreß II S. 144; Staudinger-Riedel § 607 Anm. 31

122) Reichel LZ 15, 1207

freundschaftlichen Bereich gewährt, so verfolgt es meist den Zweck, einen momentanen (vielleicht auch chronischen) finanziellen Engpaß überwinden zu helfen. Der deutliche Gefälligkeitscharakter und der erhöhte Risikoquotient sollten allerdings nicht zur generellen Unverbindlichkeit der Darlehenszusage führen obwohl der reine Gefälligkeitsvertrag ebenso begründbar ist.

Ein unverzinsliches Darlehen kann aber auch geschäftlichen Charakter haben, etwa, wenn der Darlehensgeber eigene wirtschaftliche, bildungspolitische oder sonstige Ziele verfolgt; bei der Finanzierung eines Großprojekts, an dessen Realisierung der Kapitalgeber interessiert ist und daher ein unverzinsliches Darlehen gewährt, müssen die Mittel zu Beginn festliegen und kalkulierbar sein. Der Ablauf der Verwirklichung darf hier erst recht nicht durch Schenkungsrecht oder den Gefälligkeitscharakter gefährdet werden, indem man dem Kapitalgeber außerordentlich Widerrufs- oder Rückforderungsrechte einräumt.

Demzufolge sind die in der Literatur getroffenen Differenzierungen zumeist nicht aufrecht zu erhalten. Weder ergibt sich die Notwendigkeit eines Realvertrags, noch handelt es sich regelmäßig um eine konventionelle Gefälligkeit. Der Leistung kann hier keine andere Bedeutung zukommen, als gewöhnlich, denn auch für das unverzinsliche Darlehen muß im Regelfall der Grundsatz "pacta sunt servanda" Geltung behalten.

Im Vordergrund stehen allerdings die Vereinbarungen der Parteien.

IX. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Darlehensproblem

Das RG hat in ständiger Rechtsprechung den Realvertrag vertreten¹²³⁾, wenngleich es in seiner Rechtsprechung zum Darlehensvertrag bei der ersten Entscheidung vom 24. Oktober 1893¹²⁴⁾ noch gar nicht so konsequent und entschlossen wie später war. Dies verwundert um so mehr, als mit fortschreitender Zeit in der Literatur eher der Konsensualvertrag an Boden gewonnen hat. Die Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung kann daher als gegenläufig bezeichnet werden.

Im Urteil vom 24. Oktober 1893 hatte das RG darüber zu befinden, ob der Anspruch auf Gewährung eines Darlehens abtretbar ist oder nicht. Zwar folgte es im Grundsatz der Realvertragstheorie und sah in dem Anspruch auf Gewährung eines Darlehens lediglich einen Anspruch auf Abschluß des Realvertrags. Hypothetisch schloß es aber nicht aus, daß darin bereits ein normaler konsensualer Leistungsanspruch vorliegen könne, der im Gegensatz zum vorvertraglichen Anspruch ohne Veränderung seines Inhalts abgetreten werden könne (dazu ausführlicher unten S.161).

In seinen weiteren Entscheidungen beschränkte es sich (im folgenden) nur noch auf die Aussage, daß es sich beim Darlehen um einen Realvertrag handelt und verwies auf dessen Regelung in § 607 I BGB. Dabei zeigten sich bei der Behandlung einiger Fälle deutliche Unterschiede zwischen den Theorien. Sie sollen im folgenden dargestellt werden.

123) RGZ 39, 232; 52, 306; 66, 361; 68, 356; 71, 117;
74, 15; 85, 324; 103, 287/88; 108, 150; 168,
240, 245

RG Warn. 09, Nr. 481; 10, 191; 12, 49; 37, 7

124) RGZ 32, 365/66

Dem Urteil des RG vom 18. Februar 1897¹²⁵⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte hatte dem Kläger den Auftrag erteilt, für ihn ein Hypothekendarlehen zu vermitteln, mit dem ein Grundstück, das er erwerben wollte, finanziert werden sollte. Auf Veranlassung des Klägers hatte sich eine Bank bereit erklärt, das Darlehen zu gewähren. Es kam jedoch nicht zur Auszahlung, weil der Beklagte, entgegen seiner früheren Annahme, das Grundstück nicht erwarb. Dennoch verlangte der Kläger für die Vermittlung Maklerprovision.

Das RG wies die Klage ab, mit der Begründung, der bloße Darlehensvorvertrag reiche nicht aus zur Entstehung eines Anspruchs auf Darlehensvermittlungsprovision, da der Darlehensvertrag in dem mit der Auszahlung abzuschließenden Realvertrag zustande komme.

Dieses Ergebnis erscheint unbillig, denn es ist schwer vorstellbar, daß das RG einen Wohnungsmakler bei einem entsprechenden Wohnungsnachweis abgewiesen hätte, auch wenn die Wohnung nicht bezogen worden wäre. Der Unterschied der Miete zum Darlehen ist insoweit nur formeller Natur¹²⁶⁾. Eine andere Sicht kann geboten sein, wenn der Grundstückskauf auch Grundlage des Darlehensgeschäfts ist.

Ein interessanter Fall wurde durch Urteil vom 15. Oktober 1902 entschieden¹²⁷⁾.

Der Beklagte hatte dem Aussteller eines Wechsels ein Gefälligkeitsakzept gegeben. Der Aussteller selbst hatte vom Kläger eine offene, im Klagezeitpunkt noch nicht

125) RGZ 39, 232

126) vgl. hierzu auch BGH Betrieb 69, 1598; BGH WM 70, 1273

127) RGZ 52, 303, 306

ausgeschöpfte Kreditzusage über 70.000,-- DM erhalten. Als er vom Kläger aus dem Wechsel in Anspruch genommen wurde, rechnete er in Höhe der Wechselforderung mit seiner Kreditforderung auf. Dies ließ der Kläger nicht zu und nahm nun den Beklagten als Akzeptanten in Anspruch. Der Beklagte berief sich auf die Aufrechnung des Ausstellers und führte aus, daß diese gemäß § 422 BGB auch ihm gegenüber wirksam sei.

Das RG ließ die Aufrechnung mangels Gleichartigkeit der Forderungen nicht zu. Es führte aus, die Kreditzusage gehe nicht auf Leistung von Geld, sondern auf Abschluß eines Darlehensrealvertrages.

Eine Stellungnahme hierzu wird im II. Hauptteil (S.100ff) erfolgen. Das Urteil ist im Ergebnis jedoch nicht einleuchtend, denn es kommt einem widersprüchlichen Verhalten gleich, wenn der Kläger einerseits zur Kreditgewährung verpflichtet ist und dennoch eine andere Forderung zugesprochen bekommt. Das RG war allerdings aufgrund der Realvertragstheorie zu dieser Entscheidung gezwungen.

Die Entscheidungen RGZ 66, 361; 68, 356 befassen sich mit der Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens. Sie werden wegen der Kompliziertheit der damit verbundenen Fragen erst im II. Hauptteil eingehend besprochen werden.

Erwähnenswert ist ferner das Urteil vom 15. März 1915¹²⁸⁾.

In diesem Fall hatte der Kläger dem Beklagten ein Darlehen gewährt. Als Sicherung für den Rückzahlungsanspruch sollte ein Pfand bestellt werden. Die Bestellung erwies sich jedoch als nichtig. Infolgedessen verlangte der Kläger das Darlehen zurück.

128) RGZ 86, 323, 325; das gleiche in RGZ 108, 150

Das RG stellte sich auf den Standpunkt, die Nichtigkeit des Pfandvertrages habe keinen Einfluß auf das Darlehen, denn der Realvertrag sei mit der Hingabe des Darlehens abgeschlossen. Seine Gültigkeit könne durch die Nichtigkeit der Sicherung nicht mehr in Frage gestellt werden, denn die Sicherungsabrede könne nicht Inhalt des Realvertrags sein. Er werde nur durch Hingabe und Annahme des Darlehens geschlossen. (Stellungnahme hierzu unten S. 96)

Eine weitere Konsequenz des Realvertrags zeigt das Urteil vom 15.12.1921¹²⁹⁾. Hierbei wird deutlich, wie unglücklich die Abhängigkeit von obligatorischem und dinglichem Geschäft ist. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte Geld aus der Kriegskasse unterschlagen und als Darlehen gegeben. Nunmehr verlangte er es vom Beklagten, der die Herkunft des Geldes kannte, zurück.

Das Gericht entschied, im Zuge des Realvertrags müsse der Darlehensgegenstand übereignet werden. Sei eine solche Übereignung aber nach den Gutgläubensvorschriften ausgeschlossen, so entstehe kein Realvertrag.

Auf den Konsensualvertrag übertragen würde eine solche Situation nur bedeuten, daß der am Geld Berechtigte einen Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger hätte. Der Darlehensgeber bleibt jedoch weiter zur Leistung verpflichtet, da mit der Leistung des unterschlagenen Geldes die Erfüllung der Leistungspflicht nicht eintreten konnte. Daß nach der Realvertragstheorie, entsprechend der Entscheidung, das gesamte Darlehensverhältnis scheitert, ist unnötig.

129) RGZ 103, 187

Die weiter angeführten frühen Entscheidungen haben keinen spezifischen Bezug zum Realvertrag. In den Gründen wird lediglich ausgeführt, daß es sich beim Darlehen um einen Realvertrag handelt. Auf eine nähere Darstellung kann daher verzichtet werden¹³⁰⁾.

In dem viel beachteten Beschluß vom 30. Juni 1939¹³¹⁾ sahen viele die Wende der Rechtsprechung hin zum Konsensualvertrag. Der Große Senat in Zivilsachen nahm zu folgendem Sachverhalt Stellung:

Ein Darlehensgeber klagte auf Rückzahlung eines darlehensweise hingegebenen Geldbetrags, indem er seine Klage auf § 812 BGB stützte, da der Darlehensvertrag selbst wegen Wuchers (§ 138 II BGB) nichtig war. Das Reichsgericht wies die Klage ab und führte aus, einem Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers stehe § 817 Satz 2 BGB entgegen. Es nahm über diese bereicherungsrechtliche Frage aber auch zu Fragen des Darlehensvertrages im allgemeinen Stellung. Insoweit hat die Entscheidung Mißverständnisse hervorgerufen.

Sie entstanden deswegen, weil das Reichsgericht einen gegenseitigen Darlehensvertrag bejahte, was bislang für den Realvertrag für ausgeschlossen gehalten wurde. Es entschied "Die Kapitalnutzung in ihrer zeitlichen Begrenzung und die Nutzungsvergütung (Zins) sind die Leistungen, die gegeneinander ausgetauscht werden."¹³²⁾ Daraus folgt allerdings nicht die zwingende Annahme eines Konsensualvertrags. Denn zumindest einige Autoren halten einen synallagmatischen Realvertrag für möglich¹³³⁾. Demgegenüber verstand die hM unter den Vertretern des Realvertrags die Entscheidung nur dahin, daß das verzinsliche Darlehen ein entgeltlicher Vertrag, keineswegs jedoch ein gegen-

130) vgl. Note 123, S. 59; sie enthalten lediglich verbale Bekenntnisse zur Realvertragstheorie

131) RGZ 161, 52 ff.

132) RGZ 161, 56

133) Cosack S. 575, 576; Fikentscher § 77 II; vgl. Gernhuber JZ 59, 314; Genzmer AcP 137, 194; Mattuschka, S. 5

seitiger Realvertrag ist¹³⁴⁾.

Daß das Reichsgericht am Realvertrag festhielt, kommt an anderer Stelle zum Ausdruck. Hier heißt es: "Beim Darlehen wird Geld oder werden andere vertretbare Sachen mit der Verpflichtung zur Rückleistung überlassen. Zwar ist das rechtstechnische Mittel dazu die volle Übereignung der Darlehenssachen; aber dieses Eigentum bleibt doch immer belastet mit der Pflicht zur demnächstigen Rückgewähr. Die dingliche Übertragung und die damit verbundene Pflicht zur demnächstigen Rückgewähr bilden eine Einheit, die bei Anwendung von § 817 Satz 2 BGB nicht auseinandergerissen werden darf, sondern nur in ihrer Verbundenheit als die Leistung betrachtet werden kann¹³⁵⁾."

Das Reichsgericht läßt an dieser entscheidenden Passage seiner Entscheidung die notwendige dogmatische Klarheit vermissen. Die dingliche Leistung und die obligatorische Rückleistungspflicht bilden vielmehr ein undefiniertes Konglomerat, das zudem unter dem Gesichtspunkt des Abstraktionsprinzips bedenklich erscheint.

Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung beibehalten, wenngleich einigen Entscheidungen eine Annäherung zum Konsensualvertrag zu entnehmen ist.

Im Urteil vom 15. Juli 1957¹³⁶⁾ führt er aus, begrifflich setze das Darlehen das Recht des Gebers, den Betrag vom Nehmer zurückzufordern und die Pflicht des Nehmers, denselben zurückzuzahlen, voraus¹³⁷⁾. (Vom tatsächlichen her ging es nur um die Frage der Abgrenzung von Darlehen und Pacht). Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß eine

134) statt vieler BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607

135) RGZ 161, 56

136) BGHZ 25, 174

137) BGHZ 25, 178

Leistungspflicht des Gebers nicht besteht.

Eindeutiger noch entschied der Bundesgerichtshof im Urteil vom 8. April 1965, dessen Tatbestand nicht veröffentlicht ist¹³⁸⁾:

"Der Darlehensvertrag kommt zustande durch Hingabe der Valuta an den Darlehensnehmer. Hat der Darlehensnehmer den Betrag empfangen, so ist er verpflichtet, das Dargeliehene zurückzuzahlen. Wesentliche Voraussetzung ist der Empfang des Darlehens.... Solange dies nicht geschieht, fehlt es am Tatbestandsmerkmal der Hingabe, so daß vorher ein Rückzahlungsanspruch nicht entstehen kann."

Auch hier findet sich eine Vermengung des Rückzahlungsanspruchs mit der Hingabe der Valuta und der Frage der Abschlußform.

In Nuancen anders zu verstehen dürften zwei Entscheidungen zum Maklerrecht sein¹³⁹⁾.

Im Urteil vom 9. Juli 1969 war über folgenden Sachverhalt zu befinden¹⁴⁰⁾.

Ein Makler klagte seine Provision ein, nachdem zwischen den von ihm vermittelten Parteien ein Darlehensvertrag abgeschlossen war, in dem präzise die Valuta, der Zinssatz Tilgung und Auszahlungskurs, sowie die Art der Sicherstellung und der Bereitstellungszeitpunkt vereinbart waren. Später wurde das Darlehen nicht in Anspruch genommen.

Der Bundesgerichtshof gab der Klage statt, da der Kreditmakler seinen Auftrag erfüllt habe, indem es unter seiner Vermittlung zu einem Vertrag gekommen sei. Die Darlehenszusage sei ebenso wertvoll, wie das Geld selbst, so daß der wirtschaftliche Erfolg in ausreichendem Maß eingetreten sei.

138) BGH LM Nr. 11 zu § 607 = MDR 65, 557 = BB 65, 564

139) BGH Der Betrieb 1969, 1598; BGH WM 1970, 1273

140) BGH Der Betrieb 1969, 1598

Das Urteil vom 8. Juli 1970 basierte auf einem nahezu identischen Sachverhalt, weshalb der Bundesgerichtshof auf das vorstehend aufgeführte Urteil auch Bezug nahm¹⁴¹⁾: Hier führte der BGH aus, der Provisionsanspruch sei dann entstanden, wenn zwischen den Beteiligten ein alle notwendigen Modalitäten enthaltender Darlehensvertrag zustande gekommen ist, durch den der Darlehensnehmer einen Anspruch auf Auszahlung der Valuta erhält.

Hieraus ist zumindest auch der Schluß zulässig, daß der Bundesgerichtshof diesen Zahlungsanspruch in einem konsensualen Darlehensvertrag ansiedelt. Es bleibt jedoch nach wie vor die Möglichkeit offen, daß dieser Valutaanspruch einem Vorvertrag entspringt. Dies scheint die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs geradezu zu beweisen¹⁴²⁾.

Sie behandelt den Anspruch des Darlehensnehmers aus dem Darlehensvorvertrag. Der Bundesgerichtshof legt einerseits die Prämisse zugrunde, daß aufgrund des Vorvertrags ein Realvertrag abgeschlossen werde. Auf der anderen Seite bemerkt er am Schluß seiner Entscheidung, daß es auch ein Darlehensversprechen gebe, das bereits alle Vereinbarungen enthalte. Welche Rechtsgrundsätze hier anwendbar sein sollen, bleibt offen. Die bestehende dogmatische Unklarheit wird vielmehr perpetuiert, denn schließlich könnte aufgrund eines Vorvertrags auch ein konsensualer Hauptvertrag geschlossen werden. Der BGH beantwortet also weder die Frage, warum aufgrund des Vorvertrags ein Realvertrag geschlossen werden soll, noch was ein Darlehensversprechen im Gegensatz zum Vorvertrag ist.

Im Urteil vom 21. November 1974 war über folgenden Sachverhalt zu befinden:

141) BGH WM 1970, 1273

142) BGH NJW 1975, 443, 444

Ein Darlehensnehmer klagte aus einem Darlehensvorvertrag auf Leistung des Darlehens. Das Berufungsgericht entschied, es müsse zunächst ein Urteil ergehen, das zur Zweckvereinbarung verurteile und darüberhinaus rechtskräftig sei (§ 894 ZPO). Erst dann könne der Darlehensnehmer auf Zahlung klagen.

Dieser Auffassung schloß sich der BGH nicht an. Er stellte sich auf den Standpunkt, beides müsse miteinander in einer Klage verbunden werden. Denn der Vorvertrag gewähre keine trennbaren Einzelansprüche auf Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung und Zahlung der Valuta. Er führte aus, das Urteil gegen den Darlehensgeber ersetze mit dem Eintritt der Rechtskraft die erforderlichen Erklärungen und verurteile den Darlehensgeber gleichzeitig zur Leistung, die den Realvertrag zustande bringe. Eine Auszahlungspflicht des Gebers komme indessen erst nach Eintritt der Rechtskraft in Frage. Der Kläger und Darlehensnehmer sei insoweit vorleistungspflichtig, als er das Angebot zum Realvertrag abgeben müsse, das der Geber durch die Auszahlung annehme. Das Urteil laute nämlich auf Auszahlung des Darlehens nach Empfang des Angebots zum Abschluß eines Darlehenshauptvertrages (§§ 259, 726 ZPO).

Das Urteil verdeutlicht eindrucksvoll die gesamte Umständlichkeit des Realvertrags, bleibt zudem aber auch in wesentlichen Teilen unverständlich. Denn wenn die Rechtskraft eingetreten ist, wird nach § 894 ZPO die Abgabe sämtlicher Willenserklärungen fingiert. Sie brauchen nicht mehr abgegeben werden und demnach ist m.E. nach die Leistung des Gebers vollzogen und der Nehmer braucht lediglich die Valuta und damit auch die Zweckvereinbarungserklärung anzunehmen. Die genannte Vorleistungspflicht ist demnach auf der Basis der herkömmlichen Realvertragsdogmatik unverständlich. Durch den zugrundegelegten Verurteilungstenor würde das recht alltägliche Darlehens-

geschäft in einer unerträglichen Weise kompliziert. Der BGH macht darüberhinaus nicht deutlich, wie sich das zu schaffende Gebilde des Realvertrags, der untrennbar nach seinen Elementen vollzogen werden muß, zusammensetzt, was insbesondere aus der Perspektive des Abstraktionsprinzips von Interesse ist; denn es handelt sich um ein schuldrechtliches und ein dingliches Geschäft.

Es ist schließlich schwer vorstellbar, wie eine derartig komplizierte Zweckvereinbarung anlässlich einer anonymen Geldzahlung vollzogen werden soll.

Die Entscheidung bleibt insoweit unbefriedigend, als der BGH nicht entschieden hat, warum aus einem Darlehensvorvertrag kein konsensualer Darlehensvertrag entstehen kann.

Die weiter zitierten Entscheidungen des BGH, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden soll, da sie sich mit der speziellen Darlehensproblematik nicht befassen, wurden unter Anwendung der Realvertragstheorie getroffen¹⁴³⁾.

Schließlich folgt auch der Bundesfinanzhof^{143 a)} in seiner Rechtsprechung dem Reichsgericht. In den angeführten Entscheidungen ging es zwar um Fragen anderer Art; gleichwohl stellte der Bundesfinanzhof jedoch zur Rechtsnatur des Darlehensvertrags fest, daß ein Darlehensvertrag nur dann vorliege, wenn jemand Geld oder andere vertretbare Sachen erhalte mit der Verpflichtung, sie gemäß § 607 I BGB zurückzuerstatten. Daraus ergibt sich die klassische Situation entsprechend der Realvertragstheorie.

143) BGH LM Nr. 1 zu § 762; BGH DNotZ 63, 37; BGH WM 62, 114; BGH WM 62, 1265

143 a) BFH HöHFinRspr. 64, 455/56; NJW 66, 855; NJW 65, 1047

Schließlich folgten dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung auch die Instanzgerichte¹⁴⁴⁾. Besonders eindeutig sind die Ausführungen des OLG Frankfurt¹⁴⁵⁾:

(Urteil vom 1. März 1968)

Der Kläger hatte dem Beklagten eine Kreditzusage gemacht. Als Sicherung für das zu gewährende Darlehen sollte der Beklagte eine Grundschuld bestellen. Nachdem dieser das trotz mehrfacher Mahnung nicht getan hatte, setzte ihm der Kläger eine Frist mit Ablehnungsandrohung. Sodann verlangte er Schadensersatz wegen entgangener Zinsen. Das OLG bezeichnete den Darlehensvertrag als einseitig verpflichtenden, aber entgeltlichen Vertrag, der entsteht, wenn die Valuta geleistet wird¹⁴⁶⁾. (Zu den weiteren Konsequenzen dieser Entscheidung unten S. 94).

Allein das Hanseatische OLG Hamburg¹⁴⁷⁾ hat den Standpunkt der Konsensualvertragstheorie vertreten. In seinem Urteil vom 16. November 1962, dessen Tatbestand nicht veröffentlicht ist, führt es aus, heute habe sich die Auffassung durchgesetzt, daß in Fällen, in denen ein Darlehen bindend zugesagt sei, nicht der Abschluß eines neuen Vertrags, sondern die Erfüllung einer bestehenden Vertragspflicht geschuldet werde. Dies schließe jedoch nicht die Möglichkeit eines Vorvertrags aus.

Als hM in der Rspr. muß daher bis heute die Realvertragstheorie bezeichnet werden, wobei die Entscheidung des RG die dogmatisch ergiebigste ist (Band 161, 52 ff.)

144) OLG Nürnberg JZ 59, 314; OLG Frankfurt NJW 69, 327, 328; AG Mönchen-Gladbach MDR 62, 581 (allerdings nicht eindeutig)

145) NJW 69, 327/28

146) vgl. die gleiche Formulierung bei BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607

147) MDR 63, 489

X. Eigener Lösungsvorschlag auf der Basis der heute herrschenden Dogmatik

(I) Interessen- und Risikolage bei Abschluß eines Darlehensvertrags; Einfluß der Parteiautonomie

Das beiderseitige Interesse liegt in der Reduzierung des darlehensspezifischen Risikos, wobei das vergleichsweise größere auf Seiten des Darlehensgebers liegt; ihm verbleibt gegenständlich und rechtlich nichts, als ein obligatorischer Rückleistungsanspruch, wenn die Eigentumsübertragung vollzogen ist. Denn die Darlehenssachen werden verbraucht und infolgedessen hat er eine wesentlich schlechtere Stellung als etwa der Vermieter einer Sache.

Der Darlehensnehmer will dagegen nicht rechtswirksam zur Rückleistung verpflichtet sein, wenn er das Darlehen nicht empfangen hat. Auch er hat eine schlechtere Stellung, als etwa ein Mieter. Der Mieter einer Wohnung beispielsweise kann sich gegen einen unberechtigten Rückforderungsanspruch wesentlich einfacher wehren, als ein Darlehensnehmer, indem er nachweist, daß er die Wohnung nie bewohnt hat. Denn im Gegensatz zum Mietgegenstand sind die Darlehenssachen für den Verbrauch bestimmt. Der erste Anschein wird daher immer für den Kapitalgeber sprechen, der behauptet, im Rahmen des Darlehensvertrags geleistet zu haben. Dem Einwand des Nehmers, er habe die Valuta nicht empfangen, wird er mit der Behauptung entgegen, er habe sie vertragsgemäß verbraucht. Der Beweis kann schließlich mit gefälschten Beweismitteln wesentlich leichter erbracht werden, als im Mietrecht.

Diese Gefahr hat offensichtlich auch der Gesetzgeber gesehen, als er die Formulierung des § 607 I BGB wählte¹⁾.

1) vgl. Motive II S. 306/07

Eine konsensuale Rückleistungspflicht wäre eine Pflicht zur Leistung vertretbarer Sachen und daher in ihrem rechtlichen Bestand nicht ohne weiteres von der Vornahme der Leistung abhängig.

Daher koppelte der Gesetzgeber die Rückleistungspflicht an die Vornahme der Leistung. Die eigentliche Vertragsgestaltung hat er jedoch nicht geregelt und insoweit der Privatautonomie Freiraum gelassen. Hierin findet sich ein taugliches Hilfsmittel zur Klärung der Abschlußform, denn der geäußerte Parteiwille läßt erkennen, welche Interessen auf welche Art und Weise wahrgenommen werden sollen. Aus der Interessenlage aber kann wiederum geschlossen werden, ob die Parteien einen Real- oder Konsensualvertrag abschließen wollen.

(II) Das Verhältnis der einzelnen Pflichten zueinander

Der Übersichtlichkeit halber sollen die einzelnen Pflichten nochmals genannt werden. Dem Darlehensvertrag entspringt die Pflicht zur Hingabe der Valuta und die Pflicht, das Kapital für die Dauer der Laufzeit beim Darlehensnehmer zu belassen. Den Nehmer trifft dagegen die Rückleistungspflicht, u.U. eine Annahmepflicht und sofern vereinbart die Zins- und Sicherungspflicht.

1. Das Verhältnis von Valutaleistungs- und Rückleistungspflicht

a. Die Funktion des § 607 I BGB innerhalb des konsensualen Darlehensvertrags

§ 607 I BGB ist das "obligatorische Surrogat" zur Kompensation des dinglichen Rechtsverlusts, da ein Vindikationsanspruch des Darlehensgebers im Gegensatz zur Rechtsstellung des Vermieters nicht besteht, der neben dem vertraglichen Rückgaberecht auch noch den Anspruch aus § 985

BGB besitzt²⁾. Insoweit übt § 607 I BGB eine Doppelfunktion aus, die die Überlegung zuläßt, ob es sich bei dieser Vorschrift um einen gesetzlichen Anspruch, z.B. parallel zu einem Rückgabeanspruch aus Rücktritts- oder Bereicherungsrecht, handelt. Eine solche Hypothese legt den Gedanken nahe, daß auf eine konsensuale Rückleistungspflicht vollständig verzichtet werden könnte, weil sie ipso jure nach Erfüllung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen entsteht. Alle anderen Pflichten würden dagegen konsensual bei Abschluß des Darlehensvertrags festgelegt.

Die gesetzliche Rückleistungspflicht ließe sich auch durch den Darlehensbegriff stützen. Begrifflich bedeutet Darlehen Kapitalnutzung auf Zeit³⁾. D.h. die Kapitalnutzung geht der Rückleistung vor. Nur wenn die Nutzungsmöglichkeit bestanden hat, soll es auch zur Rückleistung kommen. Sofern eine solche gesetzliche Rückleistungspflicht rechtlich möglich ist, wäre die gesamte Abschlußproblematik beim Darlehensvertrag beseitigt.

Der gesetzliche Anspruch würde jedoch die Position des Darlehensgebers keineswegs verbessern, denn als schuldrechtlicher Anspruch hat er keine dingliche Wirkung und kann daher auch im Konkurs nicht zur Vindikationslage und damit zur Aussonderung (§ 43 KO) führen.

Eine gesetzliche Rückleistungspflicht muß jedoch aus rechtssystematischen Gründen ausgeschlossen werden. § 607 I BGB ist ein dem Vertragsrecht entspringender Anspruch. Innerhalb des Vertragsrechts sind aber auch die nicht ausdrücklich vereinbarten Rechtsfolgen vertragliche, auch wenn sie lediglich im Gesetz unter der Re-

2) hM: Palandt-Degenhardt Bem. 3 a vor § 985; Staudinger-Berg § 985 Bem. 1 a; Westermann § 30 I 4; BGHZ 34, 122 (124/25)

a.A.: Raiser, Festschr. f. M. Wolff S. 123/24; Schwerdtner JuS 70, 64 ff.; Wolff-Raiser § 84 I 2, 3

3) vgl. Esser II § 86 I S. 208; Larenz II § 51 I S. 190

gelung des betreffenden Vertragstyps stehen. Das Gesetz verleiht nur dem privatautonomen Akt Geltung⁴⁾. Im Zuge dieser Rechtsauffassung geht Flume sogar soweit, auch allgemeinschaftsrechtliche Ansprüche der Sekundärebene (z.B. §§ 325, 326 BGB) als vertragliche Ansprüche zu charakterisieren⁵⁾.

Auch wenn man nicht so weit geht, ist aus der Formulierung des § 607 Abs. 1 BGB die Folgerung zu ziehen, daß die konsensuale Rückleistungspflicht, die anläßlich des Vertragsschlusses übernommen wird, eines "realen" Bindegliedes bedarf. Darin liegt der richtige Kern des Realvertrags in seinen verschiedenen Ausprägungen. Es bedeutet hier, daß ihre Wirksamkeit von der Hingabe des Darlehens abhängig gemacht werden muß.

§ 607 I BGB sagt seinem Wortlaut nach jedoch nur, daß der Empfänger zur Rückleistung verpflichtet ist. Welcher Art die Rückleistungspflicht vor der Leistung ist, findet durch ihn keine Regelung.

b. Die Rückleistungspflicht vor der Leistung in ihrem rechtlichen Bestand

aa. Das verzinsliche Geschäftsdarlehen

Die Parteien einigen sich hier über die Leistungspflicht, die Laufzeit (Belassungspflicht) und Entgeltleistungen hierfür (Zins), sowie, meist konkludent über die Annahme (zur Annahmepflicht vgl. oben S. 53). Aus der anläßlich des Vertragsschlusses getroffenen Zweckvereinbarung "Darlehen" heraus folgt, daß das Kapital auch zurückgeleistet werden muß. Dabei können die Parteien verein-

4) vgl. Enn.-Nipperdey BGB AT I § 30 III 1, 2 S. 199; Blume § 1, 3 a, c; Larenz I § 6 I S. 61, 62; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 88, 89

5) Flume § 1, 3 c

baren, daß Rückleistung nach Maßgabe des § 607 I BGB erfolgen soll. Diese Erklärung ist dahingehend auszulegen, daß die vertragliche Rückleistungspflicht erst mit der Hingabe der Valuta entstehen soll. Nicht geklärt ist damit aber der "rechtliche Zustand" dieser Vereinbarung vor der Leistung, denn eine Vereinbarung besteht unzweifelhaft, sie soll nur noch nicht wirksam sein. Gelöst wäre dieses Problem mit der Annahme eines gesetzlichen Rückleistungsanspruchs, denn dann hätte diese Vereinbarung allenfalls deklaratorische Bedeutung. Er ist jedoch abzulehnen, wie oben ausgeführt wurde.

Die konsensuale Rückleistungspflicht, wie sie von vielen Vertretern der Konsensualvertragstheorie angenommen wird⁶⁾, steht aber zur Leistungspflicht auch nicht im Synallagma, wie namhafte Autoren annehmen⁷⁾. Ein Synallagma liegt vielmehr dann vor, wenn ein Austauschverhältnis i.S. eines "do ut des" anzunehmen ist, die auszutauschenden Leistungen also zumindest subjektiv äquivalent sind⁸⁾. Dabei verpflichtet sich jede Partei deswegen, weil es die andere auch tut. Jede Pflicht ist in ihrer Wirksamkeit durch die der anderen bedingt⁹⁾.

Im Verhältnis von Hin- und Rückleistungspflicht fehlt die für das funktionelle Synallagma charakteristische Reflexwirkung dergestalt, daß Schlecht- oder Nichterfüllung der einen Pflicht zu Schadensersatzansprüchen, bzw. Rücktrittsmöglichkeiten bezüglich der anderen Pflicht führen¹⁰⁾. Das bestehende Verhältnis der Pflichten kommt

6) vgl. Fußnote (91) S. 51

7) Gentz S. 24-28; Kohler ArchBürgR. 2, 224; Lübbert IhJB. 52, 354/55, 361, 380; BGH DNotZ 63, 37
a.A. Affolter ArchBürgR. 26, 4, 5; Enn.-Lehmann § 142 S. 581; Heidbring S. 29, 30; Hilbert S. 21, 23

8) vgl. Erman-Battes Gem 4-6 vor § 320; Fikentscher § 10 II 4 S. 39; Larenz I § 15 S. 152 ff.

9) Blomeyer, Bedingung I, S. 111

10) Hohenstein S. 123

eher einer Spiegelbildlichkeit gleich. Die Erfüllung der Leistungspflicht (und damit ihr Erlöschen) ruft die Wirksamkeit der Rückleistungspflicht hervor. Heidbrink¹¹⁾ und Eisele¹²⁾ weisen auf das Fehlen einer dem Synallagma eigenen Selbständigkeit der Pflichten dergestalt hin, daß jede der Pflichten zuerst erfüllt werden kann¹³⁾.

Die Rückleistung ist nichts, was im Austausch für die Leistung ins Gebervermögen fließt, sondern die Restitution des Vermögensstatus quo ante. Würde sich der Darlehensgeber nur deswegen zur Leistung verpflichten, damit sich der Nehmer zur Rückleistung verpflichtet, so würde man konsequent in die Nähe derjenigen gelangen, die in der Begründung des Rückzahlungsanspruchs den Zweck des Darlehens sehen; diese Auffassung war bereits oben abgelehnt worden (S. 19). Es muß daher ein darüberhinausgehender Zweck vorhanden sein, der in der Ermöglichung der Kapitalnutzung auf Zeit zu suchen ist.

(1) Die rechtliche Funktion der Leistung in Bezug auf eine konsensuale Rückleistungspflicht

(a) Akzessorietät, Voraussetzung, Auflage, Geschäftseinheit

Wie oben dargestellt, haben die Vertreter der Konsensualvertragstheorie Schwierigkeiten bei der Beschreibung der Funktion, die die Leistung für die Rückleistung hat, indem sie von "materieller Perfektion" und "Aktualisierung" der Rückleistungspflicht sprechen. Nicht erwogen wurde bislang der Gedanke der Akzessorietät. Es wäre nämlich eine bereits vereinbarte Rückleistungspflicht denkbar,

11) aaO. S. 30

12) ZSR. aaO. S. 31

13) Lammfromm S. 219 drückt das nichtvorhandene Synallagma einfach, aber treffend dahin aus, indem er sagt, das "Kapital tausche für eine Zeit seinen Herrn, der Herr aber tausche dafür nichts ein"

deren Endgültigkeit in Existenz und Umfang der Leistung akzessorisch ist. Hierbei wäre ein Vergleich zur ebenfalls akzessorischen Bürgschaftsforderung zu ziehen, § 767 BGB. Eine Bürgschaftsforderung kann nur entstehen, wenn die Hauptschuld besteht, sie folgt ihr¹⁴⁾. Auf das Darlehen bezogen bedeutet das, daß bei Annahme einer Akzessorietät die Rückleistungspflicht nur nach Hingabe der Valuta vollwirksam bestehen kann. Vor Hingabe besteht dann eine Rückleistungspflicht, akzessorisch der künftigen Valutaleistung.

Parallelen in derartigem Umfang sind allerdings gewagt, besonders deswegen, weil bei der Bürgschaft die Akzessorietät einer Forderung zu einer anderen, beim Darlehen aber die Akzessorietät zum Erfüllungstatbestand bestehen würde. Eine Akzessorietät ist daher nicht anzunehmen.

Auch die Bezeichnung als Voraussetzung¹⁵⁾ kann nicht zu einer entscheidenden Klärung führen. Der Begriff der Voraussetzung stammt aus dem Gemeinen Recht¹⁶⁾ und ist heute i.S. einer rechtsgeschäftlichen Nebenbestimmung nicht mehr gebräuchlich. Bei der Voraussetzung geht man von der Wirklichkeit des vorausgesetzten Umstandes aus¹⁷⁾.

Heutiger Auffassung nach dürfte als Voraussetzung eine *condicio in praesens vel praeteritum collata*¹⁸⁾, d.h. eine bereits entschiedene Bedingung zu sehen sein. Sie ist aber keine echte Bedingung, weil der Eintritt des Umstandes

14) Erman-Wagner § 767 Anm. 1

15) vgl. Kohler ArchBürgR. 2, 219; Neumann-Duesberg BB 66, 308; Schloßmann IhJB. 45, 53

16) Breyhan S. 31; vgl. Windscheid AcP 78, 163

17) Windscheid AcP 78, 136; a.A.: Lenel AcP 74, 213 ff.; AcP 79, 49 ff.

18) Staudinger-Coing Bem. 2 vor § 158

nur subjektiv, nicht aber objektiv ungewiß ist¹⁹⁾. Es wird nämlich bereits eine Tatsache unterstellt²⁰⁾. U.a. werden auch Parallelen zwischen Voraussetzung und Motiv gezogen²¹⁾. Eine vergleichbare Lage ist für die Rückleistungspflicht aber nicht gegeben.

Man könnte ferner die Rückleistungspflicht als eine mit der Übereignung verbundene Auflage betrachten und damit eine Auffassung der Realvertragstheorie²²⁾ mit in den konsensualen Darlehensvertrag übernehmen.

Auch die Auflage als Nebenbestimmung stammt aus dem Gemeinen Recht²³⁾. Im geltenden Recht hat sie sich noch als Nebenbestimmung zu Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen erhalten²⁴⁾, z.B. §§ 525 ff., 1940, 2192 ff., 2278 II BGB. Durch sie wird dem Empfänger aufgegeben, das Empfangene entsprechend dem durch die Auflage ausgedrückten Willen des Gebenden zu verwenden²⁵⁾. Im Gegensatz zur Bedingung suspensiert sie nicht, verpflichtet aber²⁶⁾. Gerade deswegen wird sie aber auch der Rückleistungspflicht vor der Leistung nicht gerecht, denn sie ist nur in Verbindung mit der Leistung existent, kann also den Bestand der Rückleistungspflicht vor der Leistung nicht erklären. Auch ist sie keine Nebenbestimmung des Allgemeinen Teils des BGB, wie etwa die Bedingung. Möglich wäre daher nur eine Übernahme aus dem Schenkungs- und Erbrecht im Weg der Rechtsanalogie; sie erscheint aber nach all dem eher verwirrend, als weiterführend,

19) Flume § 38, 1 b; Soergel-Knopp Bem. 10 vor § 158; Staudinger-Coing Bem. 17 vor § 158

20) Flume § 38, 1 b S. 678 ff.

21) Lenel AcP 79, 49-51

22) vgl. Windscheid-Kipp II § 370 S. 570

23) Flume § 38, 3

24) vgl. Erman-Seiler § 525 Bem. 2; Flume § 38, 3

25) vgl. Note 24

26) Flume § 38, 3

denn der Empfänger verpflichtet sich ja durch seine eigene Erklärung und wird nicht einseitig durch den Leistenden verpflichtet, indem ihm die Pflicht in Form der Auflage oktroyiert wird.

Schließlich bleibt noch die Möglichkeit, eine konsensuale Rückleistungspflicht anzunehmen, indem man die Leistung im Weg der Geschäftseinheit i.S. von § 139 BGB mit einbezieht. Die Rückleistungspflicht ist dann nur einheitlich mit der Hingabe des Darlehens gewollt. Die Rückleistungspflicht entfielen dann, wenn die Leistung nicht oder nicht wirksam vorgenommen wird.

Etwas anderes ist aber im Grunde genommen auch der Realvertrag nicht. Vielmehr kommt man mit dieser Konstruktion in die Nähe der Auffassung Adlers²⁷⁾.

Unmittelbar ist § 139 BGB auf diesen Fall ohnehin nicht anwendbar, denn er regelt die Folgen der Nichtigkeit eines Geschäftsteils und nicht der Nichterfüllung, was etwas grundverschiedenes ist. Es wäre also eine sehr gewagte Analogie zu § 139 BGB notwendig. Vom Normzweck her trifft § 139 auf den Fall zu, daß ein Teil innerhalb eines rechtlich homogenen Geschäfts nichtig ist, z.B. einzelne Klauseln eines rein konsensualen Vertrags. Beim Darlehen hänge die Wirksamkeit zweier im Rechtscharakter unterschiedlicher Geschäfte voneinander ab, was außerdem sofort wieder in die Problematik des Abstraktionsprinzips führen würde.

Im ganzen ist daher auch der Weg über § 139 BGB als rechtlich ungangbar abzulehnen.

27) IuJB. 31, 202, 203, dazu oben S. 34

(b) Der Bedingungszusammenhang

Um das Verhältnis von Leistung und Rückleistungspflicht zu klären und damit auch eine Antwort auf die Frage der rechtlichen Existenz der rein konsensualen Rückleistungspflicht zu geben, bleibt eine Erörterung des Problems im Rahmen von §§ 158 ff. BGB. Es besteht die Möglichkeit, daß die Rückleistungspflicht aufschiebend bedingt durch die Leistung ist.

Für Art. 312 ff. OR (Schweiz), wo der Konsensualvertrag im Gesetz für das Darlehen vorgesehen ist²⁸⁾, wird ein derartiger Bedingungszusammenhang allgemein bejaht²⁹⁾. Da das Schweizerische Obligationenrecht im wesentlichen vom gleichen Bedingungsbegriff, wie das BGB ausgeht³⁰⁾, bietet sich eine vergleichende Prüfung für den Darlehensvertrag an.

Eine konsensuale, aber bedingte Rückleistungspflicht ist ein rechtlich existenter Tatbestand vom Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung an. Das Rechtsgeschäft selbst ist unbedingt, lediglich die Wirksamkeit, d.h. seine rechtsverbindliche Geltung³¹⁾, ist bedingt³²⁾. Eine bedingte Rückleistungspflicht schafft daher die Möglichkeit, die konsensuale Pflicht vor der Hingabe im rechtlichen Bestand zu erklären.

28) Art. 312 OR: "Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art und Güte."

29) Becker Art. 12 Anm. I; Guhl S. 321; Pfister S. 46, 47; Schönenberger Bem. 2 vor Art. 305 - 318 OR; BGE 20, 496; 21, 1170; 23, 685

30) vgl. Becker S. 712, Anm. 1, 2; S. 713 Anm. 3

31) Larenz AT § 25 I

32) Palandt-Heinrichs Bem. 4 vor § 158

(aa) Der Bedingungsbeff des BGB

Bedingung i.S. der §§ 158 ff. BGB ist die einer Willenserklärung hinzugefügte, rechtsgeschäftliche Beschränkung, wodurch die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von einem ungewissen, in der Zukunft liegenden (künftigen) Ereignis abhängig gemacht werden³³⁾. Notwendige Voraussetzung ist jedoch, daß der Umstand objektiv ungewiß ist³⁴⁾; die lediglich subjektive Ungewißheit kommt der *condicio in praesens vel praeteritum collata* gleich³⁵⁾, die keine echte Bedingung ist. Allerdings kann auch diese objektive Ungewißheit nur "als für allgemein menschliches Wissen im Zeitpunkt der Vereinbarung unbekannt" verstanden werden³⁶⁾.

Von dieser rechtsgeschäftlichen oder auch Parteibedingung ist die Rechtsbedingung (*condicio juris*) zu unterscheiden. Sie gehört, jedenfalls nach Auffassung Oertmanns, zu den "dunkelsten Fragen des Privatrechts"³⁷⁾; dies wohl deshalb, weil ihr Anwendungsbereich sehr schillernd ist. Wenn man nämlich den Todesfall als Rechtsbedingung für den Eintritt des Erbfalls, die Geschäftsfähigkeit als Rechtsbedingung für den Abschluß des Vertrags annehmen wollte, so würde der Begriff ausufern.

33) Blomeyer, *Bed.* I, S. 51; BGB-RGRK-Kuhn *Bem.* 4 vor § 158; Breyhan S. 49; Erman-Hefermehl *Bem.* 1 vor § 158; Flume § 38, 1 S. 679; Larenz AT § 25 S. 411/1 Soergel-Knopp *Bem.* 2 vor § 158; Staudinger-Coing *Bem.* 3 vor § 158

34) siehe Note 33)

35) Diese Differenzierung offenbar ablehnend: Wolf AT, S. 422; er lehnt die Künftigkeit des Umstands als begriffliche Voraussetzung ab, da die Bedingung kein zeitliches Merkmal enthalte, sondern nur die sachliche Abhängigkeit bezwecke. Er streitet allerdings nicht ab, daß das bedingte Geschehen dem bedingten Umstand notwendig zeitlich nachfolgt.

36) Blomeyer *Bed.* I S. 52

37) Oertmann, *Rechtsbedingung* S. 1

Im Schrifttum hat sich daher eine einengende Definition durchgesetzt. Rechtsbedingung ist danach eine bei Geschäftsabschluß noch nicht vorliegende, aber nachholbare gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung³⁸⁾.

Da sie Bedingung ist, muß sie einen der Parteibedingung vergleichbaren Schwebezustand hervorrufen³⁹⁾. Dies ist z.B. in Fällen des schwebend unwirksamen Vertrags nach §§ 107, 108, 1822 BGB anzunehmen. Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des Vertrags ist hier die Genehmigung.

Der Unterschied zur Parteibedingung liegt vor allen Dingen darin, daß gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen meist zwingend und folglich nicht dispositiv sind⁴⁰⁾. In vielen Fällen wird die Rechtsbedingung auch zu einer ex-tunc Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen⁴¹⁾, wie z.B. aus § 184 I BGB hervorgeht, was für die Parteibedingung aber gerade nicht zutrifft (§ 159 BGB)⁴²⁾. Ferner können bei einer Rechtsbedingung Zwischenverfügungen wirksam sein, § 184 II BGB, im Fall der Parteibedingung jedoch nicht, § 161 BGB⁴³⁾.

Es bleiben schließlich die gemischten Bedingungen zu erwähnen; sie machen den Eintritt des zur Bedingung erhobenen Ereignisses von der Willkür einer Partei (dann Potestativbedingung) oder vom Lauf der Dinge (Zufallsbedingung) oder von beidem abhängig⁴⁴⁾.

38) BGB-RGRK-Kuhn Bem. 9 vor § 158; Flume § 38, 1c, S. 680
Larenz AT § 25 I S. 414; Oertmann, Rechtsbedingung
S. 28; Soergel-Knopp Bem. 8 vor § 158; Staudinger-
Coing Bem. 13 vor § 158

39) Larenz AT § 25 I, S. 414

40) Oertmann, Rechtsbedingung S. 47

41) Oertmann, Rechtsbedingung S. 5, 55, 113 ff.

42) statt vieler: Erman-Hefermehl § 158 Anm. 7

43) vgl. Larenz AT § 25 I S. 415

44) BGB-RGRK-Kuhn Bem. 5 vor § 158; Flume § 38, 2; Staudinger-Coing Bem. 11 vor § 158

Von den bisher besprochenen Bedingungsformen ist wiederum die Potestativbedingung zu unterscheiden.

Eine Potestativbedingung liegt dann vor, wenn die Geltung des Rechtsgeschäfts von einem auf freiem Willen des Geschäftspartners beruhenden Handeln oder Unterlassen abhängig ist⁴⁵⁾. Das zur Bedingung erhobene Verhalten bewirkt den Eintritt unabhängig davon, ob es mit Kenntnis oder Wollen dieser Wirkung vorgenommen wird⁴⁶⁾.

Etwas anderes gilt dagegen für die Wollens- oder Willkürbedingung.

Sie ist dann anzunehmen, wenn die Entstehung des Rechtsgeschäfts selbst völlig in das Belieben eines Geschäftspartners gestellt ist⁴⁷⁾.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Bedingung besteht demnach darin, daß bei der Wollensbedingung das gesamte "In-Geltung-Setzen" des Rechtsgeschäfts, z.B. als Kaufvertrag, Werkvertrag usw., in das Belieben einer Partei gesetzt ist, während bei der Potestativbedingung der Umfang der Willkür eingeschränkt ist. Hier soll das Rechtsgeschäft jedenfalls Gültigkeit erlangen, sofern die Partei eine bestimmte Handlung vornimmt. Es ist also nicht die Entscheidung, ob sie Rechtsbindungswillen äußern will oder nicht, in ihr Belieben gestellt, sondern die Vornahme einer Handlung.

Bei der Wollensbedingung ist die Entstehung des Rechtsgeschäfts, bei der Potestativbedingung dessen Wirksamkeit

45) Larenz AT § 25 I S. 413; Soergel-Knopp Bem. 23 vor § 158

46) Soergel-Knopp aaO.

47) Flume § 38, 2 S. 684; Henrich S. 235; Raape S. 9; Soergel-Knopp Bem. 25 vor § 158

von einer noch ungewissen EntschlieÙung eines Vertragspartners abhängig⁴⁸⁾. Die rein willkürliche Entscheidungsfreiheit über das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts (Legalbeispiel § 495 BGB) beruht auf einer Wollensbedingung.

Während die Verpflichtung unter einer Potestativbedingung weitgehend zugelassen wird, lehnt man die Existenz einer Pflicht unter einer Wollensbedingung ab⁴⁹⁾, weil derjenige, der sich für den Fall verpflichtet, daß er wollen wird, sich überhaupt nicht verpflichtet⁵⁰⁾. Die für die Annahme einer Verpflichtung notwendige Gebundenheit der subjektiven Willensmacht liegt dann noch nicht vor⁵¹⁾.

An Hand der angegebenen Begriffe soll im folgenden der beim Darlehen gegebene Bedingungs Zusammenhang untersucht werden.

Die einfachste Möglichkeit, nämlich die Rückzahlungspflicht als befristet i.S. von § 163 BGB anzusehen, scheidet aus, wenn keine Zeitbestimmung getroffen ist⁵²⁾.

Die Valutaleistung muß, sofern man sie als Bedingung sieht, im Zeitpunkt der konsensualen Vereinbarung einer

48) BGB-RGRK-Kuhn Bem. 5 vor § 158

49) Henrich S. 237; Larenz II § 44 I S. 103; Soergel-Knopp Bem. 28 vor § 158; Walsmann IuJB. 54, 273

50) RGZ 72, 385; 104, 98 ff.; 136, 132 (135)

51) Schäfer S. 31, 32, 34; den Autoren, die die Zulässigkeit der Wollensbedingung aus § 495 BGB herleiten (Enn.-Nipp. § 194 IV 3; Oertmann § 158 Bem. IV c; Staudinger-Coing Bem. 12 vor § 158) ist man mit der Bemerkung entgegengetreten, bei § 495 handele es sich um eine "logische Mißgeburt" (Raape S. 51); daher dürfe ihm nicht im Weg der extensiven Auslegung die allgemeine Zulässigkeit der Wollensbedingung entnommen werden. Im übrigen wird nicht einmal einheitlich in § 495 BGB eine Wollensbedingung gesehen, sondern auch die Einräumung eines vertraglichen Gestaltungsrechts (Palandt-Putzo § 495 Bem. 2)

52) vgl. zur Befristung: Erman-Hefermehl § 163 Anm. 1; Soergel-Knopp § 163 Anm. 1

Rückleistungspflicht ein objektiv ungewisses Ereignis sein. Dies wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Kapitalgeber zur Leistung verpflichtet ist, denn auch § 455 BGB stellt als Bedingung für den Eigentumsübergang die vollständige Bezahlung des Kaufpreises auf, wozu der Käufer ohnehin nach § 433 II BGB verpflichtet ist. Die der Bedingung entsprechende Ungewißheit liegt speziell beim Darlehen darin, daß man im Zeitpunkt des Vertragschlusses die Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Kapitalgebers nicht kennt und allgemein darin, daß man nicht weiß, ob er seiner Verpflichtung auch nachkommen wird. Begrifflich dürften folglich keine Zweifel an der Möglichkeit einer Bedingung bestehen.

Im Gegensatz dazu haben einige Autoren einen Bedingungs-
zusammenhang abgelehnt⁵³⁾, wenngleich man sich einer
"eigenartigen Abhängigkeit"⁵⁴⁾ durchaus bewußt war.

Blum⁵⁵⁾ lehnt ihn deswegen ab, weil es bei Annahme einer Bedingung nicht Zweck der Hingabe sei, das Darlehensverhältnis in Gang zu setzen; Zweck sei dann vielmehr die Herbeiführung einer Bedingung. Daher sei die Rückleistungspflicht nur als Folge der eingetretenen Bedingung gewollt und nicht als selbständige, zweckgemäße Verpflichtung. Diese Ansicht ist auf dem Boden der Realvertragstheorie entstanden. Die Bedingtheit, wie Blum sie daher verstehen muß, bezieht sich nicht auf die bloße Rückleistungspflicht aus Konsensualvertrag, sondern auf das gesamte obligatorische Element des Realvertrags. Insoweit besteht schon ein wesentlicher Unterschied zur hier erörterten Lösung.

53) Adler IhJB. 31, 203; Blum 1912 S. 40-42; Lübbert IhJB. 52, 359

54) Lübbert aaO.

55) aaO. S. 40, 41

Die Auffassung Blums fußt aber letztlich auch nur auf der Überzeugung, daß eine Rückleistungspflicht ohne Leistung unmöglich ist. Sie ist daher auch in ihrer Aussage nicht aufrecht zu erhalten, insbesondere, weil sie von der falschen, oben widerlegten Prämisse ausgeht, daß es Zweck der Leistung sei, die Rückleistungspflicht zu begründen. Nur so kann man nämlich zu dem Schluß kommen, daß es bei Annahme eines Bedingungszusammenhangs einziger Zweck der Leistung sei, die Bedingung herbeizuführen. Das ist jedoch nicht vertretbar, denn auch bei Annahme eines Bedingungszusammenhangs bleibt die Verschaffung nutzbaren Kapitals Zweck der Leistung; daß gleichzeitig auch die Bedingung eintritt, ist ohne Einfluß auf den Zweck. Beide vertragen sich vielmehr durchaus.

Adler⁵⁶⁾ wendet sich mit seiner Kritik ebenfalls vom Standpunkt des Realvertrags aus gegen den Bedingungszusammenhang. Seiner Ansicht nach werden Bedingungen vom Parteiwillen aufgestellt, ihr Eintritt aber nicht gewollt und zwar im Sinn eines "verpflichtenden Wollens"⁵⁷⁾; infolgedessen ist zur Herbeiführung einer Bedingung auch niemand verpflichtet. Die Bedingung ist demnach gar nicht, das Bedingte nur bedingt gewollt⁵⁸⁾.

Auch diese Ansicht läßt sich nicht aufrecht erhalten. Man muß berücksichtigen, daß sie von gemeinrechtlichen Auffassungen ausgeht (1892). Im BGB spricht jedenfalls eine Regelung wie §§ 455 iVm. 433 II BGB eindeutig für die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Herbeiführung einer Bedingung. Beim bedingten Rechtsgeschäft oder einer Erklärung innerhalb eines solchen ist nicht das

56) IhJB. 31, 203

57) aaO. S. 203 Fußnote 15

58) aaO. S. 203

Wollen bedingt (sonst u.U. Wollensbedingung), sondern der Eintritt der Rechtswirksamkeit⁵⁹⁾. Das im Zeitpunkt der bedingten Erklärung Gewollte ist eine gegenwärtige Tatsache, kann also nicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig gemacht werden. Das Bedingte ist daher nicht bedingt gewollt, sondern es ist gewollt, bloß die rechtliche Wirksamkeit bleibt bis zum Eintritt der Bedingung suspendiert.

Beachtlich ist aber der weitere Einwand Adlers, der sich nicht auf den Begriff, sondern auf die Art der Bedingung bezieht.

Seiner Ansicht nach wird das Erfordernis der Realleistung, das Gegenstand der Bedingung wäre, nicht frei durch den Parteiwillen bestimmt, sondern vom objektiven Recht aufgestellt, nämlich § 607 I⁶⁰⁾. Zwar mildert er diese Aussage dahin ab, indem er zugesteht, daß auch ein solches "Qualitätserfordernis" vom Parteiwillen aufgestellt werden kann; er zieht daraus aber lediglich den Schluß, daß infolgedessen ein Real- zum Konsensualvertrag angenommen werden kann⁶¹⁾.

Damit ist aber die Frage aufgeworfen, ob die hier in Betracht gezogene Bedingung eine Partei- oder eine Rechtsbedingung ist. Nach Ansicht Adlers handelt es sich "annähernd" um eine Rechtsbedingung⁶²⁾, während andere Autoren das Vorliegen einer Rechtsbedingung uneingeschränkt bejahen⁶³⁾. Bei der Klärung dieser Frage taucht die zusätzliche Schwierigkeit auf, die Rechtsbedingung von der stillschweigenden Parteibedingung abzugrenzen⁶⁴⁾.

59) Staudinger-Coing Bem. 5 vor § 158

60) IhJB. 31, 203

61) IhJB. 31, 203 Fußnote 14

62) IhJB. 31, 202

63) Boehmer, Erfüllungswille S. 30; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 61

64) Oertmann, Rechtsbedingung S. 114

Nach eingehender Prüfung muß das Vorliegen einer Rechtsbedingung jedoch abgelehnt werden.

Der Darlehensvertrag nach der Konsensualvertragstheorie ist im wesentlichen ein Werk der Parteiautonomie; den Parteien bleibt es infolge der mangelnden gesetzlichen Regelung überlassen, das Verhältnis der Pflichten zueinander zu bestimmen, selbstverständlich innerhalb der Grenzen der allgemeinen Regeln. Im Gegensatz zur Miete, wo die gemietete Sache keinesfalls, und zwar denknotwendig, zurückgeleistet werden kann, sofern sie nicht an den Mieter gegeben wurde, kann die Rückleistungspflicht beim Darlehen als Pflicht zur Leistung vertretbarer Sachen auch ohne Leistung wirksam bestehen, sofern es im Parteiinteresse liegt, eine solche generelle Pflicht zu begründen. Dies hängt von Art und Umfang ihrer Geschäftsbeziehungen ab. Regelmäßig wird der Darlehensnehmer aber seine Rückleistungspflicht nur von der Vornahme der Leistung abhängig machen wollen.

Insoweit steht demnach fest, daß die Leistung keine gesetzesnotwendige Wirksamkeitsvoraussetzung der Rückleistungspflicht ist. § 607 I BGB dient lediglich als Auslegungsregel des Parteiwillens, sofern man die konsensuale Rückleistungspflicht vor der Hingabe der Valuta betrachtet. Denn kein Darlehensnehmer will vor der Leistung zur Rückleistung verpflichtet sein, so daß die Bedingung Schutzfunktion einnimmt. In einem solchen Fall wird man aber von einer rechtsgeschäftlichen Bedingung ausgehen können⁶⁵⁾.

Darüberhinaus spricht auch der Parteiwille gegen die Annahme einer Rechtsbedingung, denn ihr kommt häufig ex-tunc-Wirkung zu⁶⁶⁾. Diese ist interessengerecht, weil Parteien, die einen Vertrag schließen, idR. dessen sofortige Wirk-

65) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 42

66) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 5, 55, 113 ff.

samkeit wollen. Liegt eine Rechtsbedingung vor, so verzögert sich der Eintritt der Wirksamkeit, ohne daß die Parteien dieses Wirksamkeitserfordernis sofort herbeiführen können. Sobald es aber vorliegt, wird der Vertrag rückwirkend wirksam⁶⁷⁾.

Gerade diese Rückwirkung soll die Parteibedingung (vgl. § 159 BGB) nicht hervorrufen, denn sie dient dem Schutz der Parteien. Sie wollen eine Wirksamkeit des Vertrags nur für den Fall und von dem Zeitpunkt an herbeiführen, in dem die Bedingung eintritt, d.h., die Ungewißheit zur Gewißheit wird. Nur zu diesem Zweck vereinbaren sie überhaupt eine Bedingung⁶⁸⁾.

Würde man die ex-tunc Wirkung der Rechtsbedingung konkret auf die Rückleistungspflicht beim Darlehen übertragen, so wäre das widersinnig, denn voll wirksam wollte der Kapitalnehmer von Anfang an gar nicht zur Rückleistung verpflichtet sein (d.h. vor der Hingabe). Sie würde auch dem Schutzgedanken der Bedingung zuwider laufen, deren Eintritt der Geber im Prozeß zu beweisen hat.

Schließlich kann der Darlehensnehmer auch im Lauf des Geschäftsverhältnisses auf den persönlichen Empfang der Valuta verzichten, z.B. in Fällen der Aufrechnung und Abtretung (im einzelnen dazu unten S. 163). Die Möglichkeit des Verzichts spricht zwar nicht notwendig gegen eine Rechtsbedingung. Oertmann will trotz ihrer grundsätzlichen Definition als Wirksamkeitsvoraussetzung dispositive Rechtsbedingungen zulassen, wenngleich er davon ausgeht, daß sie "in den weitaus meisten Fällen zwingend vorgeschrieben werden"⁶⁹⁾.

67) vgl. Eisele, ACP 50, 308, wonach der Wirksamkeitsaufschub und damit die Ausschaltung der ex-tunc-Wirkung gar nicht im Parteiinteresse liegt

68) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 114

69) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 43

Richtiger erscheint es, die Hingabe des Darlehens als Parteibedingung anzusehen. Wenn man wie Oertmann von der ursprünglichen Definition der Rechtsbedingung als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung wieder dadurch abgeht, daß man dispositive Rechtsbedingungen zuläßt, so ist spätestens zu diesem Zeitpunkt die um diesen Begriff bestehende Verwirrung perfekt. Dann läßt sich erneut nicht mehr bestimmen, was eine Rechtsbedingung ist.

Für die Annahme einer Parteibedingung spricht schließlich auch der im Darlehensvertrag verstärkt vorhandene Einfluß der Parteiautonomie. Die gesetzliche Regelung in § 607 I BGB beginnt praktisch erst beim Rückleistungsanspruch. Der eigentliche Vertragsschluß bleibt darin ohne Berücksichtigung und spielt sich daher im Vorfeld der gesetzlichen Regelung ab.

Die Bedingung im Darlehensvertrag wird meist eine stillschweigende sein, wenn die Parteien nämlich keinen ausdrücklichen Vorbehalt getroffen haben, und gemäß §§ 133, 157 BGB der Erklärung des Darlehensnehmers zu entnehmen sein. Inhaltlich wird es sich meist um eine gemischte Bedingung⁷⁰⁾ handeln, denn ihr Eintritt kann sowohl von der Entscheidung des Darlehensgebers (wenn er vertragsbrüchig wird) abhängen, als auch vom Zufall (wirtschaftliche Entwicklung usw.). In dieser besseren inhaltlichen Interpretationsfähigkeit liegt ein weiterer Grund für ihren rechtsgeschäftlichen Charakter.

(bb) Vereinbarkeit dieses Bedingungszusammenhangs mit dem Abstraktionsprinzip und den §§ 607 - 610 BGB

Sinn des Abstraktionsprinzips ist der Verkehrsschutz⁷¹⁾.

70) vgl. dazu oben S. 83

71) vgl. Breyhan S. 79; Flume § 12 III, 3; Larenz AT § 18 II d; Schlüter JuS 69, 11; Soergel-Hefermehl § 139 Anm. 1; Westermann § 4 IV 2

Das Kausalgeschäft unterliegt Störungen vielfältiger Art (z.B. Anfechtung, Leistungsstörungen); das gilt für das dingliche nur beschränkt, weil es abstrakt ist. All diese Fehlermöglichkeiten würden ohne das Abstraktionsprinzip mit in das dingliche Geschäft einbezogen und dadurch die Stellung eines dinglichen Rechtsnachfolgers beeinträchtigt.

Der beim Darlehensvertrag vorliegende Bedingungs Zusammenhang macht die obligatorische Rückleistungspflicht von der wirksamen Vornahme des dinglichen Geschäfts (allg. des Leistungsgeschäfts) abhängig. Die gegebene Situation tangiert das Abstraktionsprinzip nur formal, denn beim Darlehen wird nicht das dingliche Geschäft durch das obligatorische "verunsichert", sondern die obligatorische Pflicht ist abhängig von der Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts. Das Leistungsgeschäft bleibt dabei abstrakt und unbedingt.

Die in Zusammenhang mit dem Abstraktionsprinzip eigentlich problematischen Fälle sind dagegen die, in denen die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts vom wirksamen Abschluß des Kausalgeschäfts abhängt⁷²⁾, z.B. die Realofferte, wo ein Angebot auf Übereignung einer Sache abgegeben wird unter der Bedingung, daß ein wirksamer Kaufvertrag zustande kommt. Hier wird das dingliche Geschäft tatsächlich für alle möglichen Fehlerquellen des obligatorischen geöffnet. Eine absolute Abstraktheit ist daher in diesen Fällen nicht mehr gegeben. Infolgedessen wird die Zulässigkeit dieses Bedingungs Zusammenhangs auch unterschiedlich beurteilt⁷³⁾.

72) Baur § 5 IV 3 c; Flume § 12 III, 4; Westermann § 4 IV

73) Erman-Hefermehl § 151 Anm. 4; Mölders S. 78; Soergel-Lange § 151 Anm. 12; Staudinger-Coing § 151 Anm. 2; dagegen: Breyhan S. 56; Marcuse Gruch. 66, 159, 162

Der für das Darlehen konzipierte Bedingungszusammenhang ist dagegen mit Rücksicht auf das Abstraktionsprinzip völlig unbedenklich. Er ist auch mit der gesetzlichen Regelung des Darlehens in §§ 607 - 610 BGB vereinbar.

§ 607 I BGB sagt nämlich nur, welche Rechtslage nach der Leistung besteht. Weil er die vor der Leistung vereinbarte Rückleistung überhaupt nicht regelt, kann er auch dem Bedingungszusammenhang nicht entgegenstehen. Das gilt auch für § 610 BGB. Ganz gleich, wie er zu interpretieren ist (s. oben S. 14 ff) kann man ihm nicht entnehmen, daß die Vereinbarung einer Rückleistungspflicht ausgeschlossen ist, bevor die Leistung vorgenommen wurde.

Das Darlehensgeschäft läuft daher nach der hier vertretenen Auffassung wie folgt ab:

Mit der Hingabe der Valuta tritt die Bedingung ein und die Rückleistungspflicht wird wirksam. Dies geschieht sofort nach der Leistung, denn im Gegensatz zu § 556 BGB sieht § 607 I BGB keine zeitliche Sperre für ihre Entstehung vor. Dagegen entsteht noch nicht sofort der fällige Rückleistungsanspruch, denn seine Fälligkeit ist vom Ablauf der Belassungspflicht abhängig. Um den Zweck des Darlehens, nämlich die Kapitalnutzung auf Dauer zu erreichen erfolgt sodann die Erfüllung der Valutabelassungspflicht, durch deren Statuierung die knappe gesetzliche Regelung zweckgemäß ergänzt wird. Denn durch eine sofortige und fällige Rückleistungspflicht würde der Zweck der Kapitalnutzung vereitelt. Die Belassungspflicht führt zur wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Kapitaleistung für Nehmer und Geber. Nur durch sie wird das Darlehen zum Dauerschuldverhältnis. Um die Belassungspflicht erfüllen zu können, muß die Durchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruchs gehemmt werden. Dabei wird deutlich, daß die oben (S. 22, ff) dargestellte Alternativität von Kapitalbe-

lassungspflicht und Stundung⁷⁴⁾ des Rückforderungsrechts gar nicht besteht. Beide wirken vielmehr zusammen, denn die Belassungspflicht kann nur mit Gewißheit für den Darlehensnehmer erfüllt werden, wenn dem Kapitalgeber die sofortige Durchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruchs verwehrt ist. Das geschieht durch Hinausschieben der Fälligkeit, d.h. Betagung.

Aufgrund dieser Betrachtungsweise entfällt der letzte kritische Ansatzpunkt der Realvertragstheorie, wenn sie behauptet, die Darlehensabrede sei deswegen nur ein Vorvertrag, weil als wesentliche zu regelnde Pflicht für den Hauptvertrag die Rückleistungspflicht übrig bleibe⁷⁵⁾.

bb. Das Darlehen ohne Annahmepflicht

Wie schon erwähnt (S. 49) muß beim Darlehen keine Annahmepflicht bestehen. Beim zinslosen Darlehen beispielsweise käme sie einem Zwang des Kapitalnehmers zu seinem Vorteil gleich und das wäre rechtlich kaum vertretbar.

Beim Darlehen ohne Annahmepflicht ist die Existenz einer "Rückleistungspflicht von Anfang an" zweifelhaft, denn ob die Bedingung eintritt, das hängt allein vom Willen des "Verpflichteten" ab, nämlich des Darlehensnehmers. Die Rückleistungspflicht vor Hingabe steht gleichsam unter der Bedingung: "Ich verpflichte mich zur Rückleistung, wenn ich mich verpflichten will, d.h. wenn ich annehme." An dieser Stelle wird daher die Frage akut, ob in einer solchen Erklärung eine Wollensbedingung enthalten ist und daher eine anfängliche Rückleistungspflicht

74) Genauer muß es Betagung heißen, denn die Leistung ist nicht gestundet i.S. eines pactum de non petendo, sondern die Fälligkeit ist auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben (vgl. dazu Palandt-Heinrichs § 271 Anm. 2 g)

75) Kinne Gruch. 56, 471

ganz abzulehnen ist (vgl. oben S.85, 86).

Die Auslegung der Erklärung des Darlehensnehmers wird jedoch häufig ergeben, daß sich der Darlehensgeber auch ohne ausdrückliche Annahmepflicht bereits selbst gebunden hat. Denn wenn er bei Abschluß des Darlehensvertrags erklärt, daß er das Empfangene zurückleisten wolle, dann wird seine Erklärung nicht auszulegen sein: "Ich verpflichte mich, wenn ich die Valuta annehme", sondern: "ich verpflichte mich, wenn ich sie erhalte". Darin liegt praktisch die Annahmepflicht. Eine darartige Erklärung enthält aber keine Wollensbedingung und es gilt daher das oben zur Rückleistungspflicht vor Hingabe der Valuta Gesagte.

Sofern jedoch tatsächlich der gesamte Vertrag unter einer Wollensbedingung steht, ist daraus nicht der Schluß zu ziehen, der Darlehensvertrag könne dann nur real geschlossen werden, wie es vereinzelt vertreten wird⁷⁶⁾. Möglich bleibt ein Optionsvertrag oder eine Festofferte⁷⁷⁾. Dann besteht allerdings die Rückleistungspflicht noch nicht, denn der gesamte Vertrag existiert noch nicht, auch nicht bedingt⁷⁸⁾.

2. Das Verhältnis von Valutaleistungs- und Zinspflicht

Bei korrekter Betrachtungsweise muß man in diesem Zusammenhang die Valutaleistungs- von der Valutabelassungspflicht unterscheiden. Es ist allerdings nicht zu ver-

76) Schäfer S. 31, 32, 34

77) vgl. Henrich S. 230 ff.; Soergel-Knopp Bem. 16 vor § 158; Staudinger-Coing Bem. 12 vor § 158

78) vgl. Erman-Hefermehl Bem. 70 vor § 145; Flume § 38, 2 d; Larenz AT § 27 I S. 437

kennen, daß die Leistungspflicht die notwendige Voraussetzung der Belassungspflicht ist und insoweit eine gewisse Unselbständigkeit vorliegt.

Durch die Annahme einer Belassungspflicht wird aber der auf Dauer angelegten Zinsleistungspflicht eine Dauerpflicht synallagmatisch gegenübergestellt. Dieses Synallagma ist begrifflich möglich, denn an der subjektiven Äquivalenz beider Pflichten ist nicht zu zweifeln⁷⁹⁾. Es ist auch sinnvoll, denn hierdurch wird für die Dauer des Darlehensverhältnisses die Anwendbarkeit der §§ 320 ff BGB eröffnet. Auf diese Weise ist der Zinsverzug ohne Schwierigkeit über § 326 BGB regelbar. Aber auch der Darlehensnehmer erhält durch das so eröffnete Synallagma eine stärkere Rechtsposition, als in dem bloß einseitigen Realvertrag. Wenn nämlich der Kapitalgeber nicht leistet, so steht zwar nicht die Leistungspflicht im Synallagma, wohl aber die Belassungspflicht, mit der er ebenfalls in Verzug gerät. Daher kann auch der Kapitalnehmer nach § 326 BGB vorgehen. Näheres dazu im II. Hauptteil, II 3.

Es ist ferner auf das für beide Seiten bestehende Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB hinzuweisen. Zu den praktischen Konsequenzen, die sich aus diesem Synallagma ergeben, wird allerdings im einzelnen erst im II. Hauptteil eingegangen werden.

3. Das Verhältnis von Leistungs- und Sicherungspflicht

Bei den meisten Geschäftsdarlehen wird die Sicherungspflicht mit in den Vertrag einbezogen⁸⁰⁾.

79) RGZ 168, 284: "Zinsen sind die fortlaufend zu entrichtende Vergütung für den Kapitalgebrauch".

80) vgl. Serick II § 18 I

Bereits das RG⁸¹⁾ hatte immer dann ein Gegenseitigkeitsverhältnis dieser Pflichten angenommen, wenn das konkrete Darlehensgeschäft sich als Kapitalanlagegeschäft herausstellte, etwa bei Beleihung von Grundstücken durch Banken. Die Darlehensgewährung stelle sich dann, so führte das RG aus, als Kauf einer Hypothek dar.

Diese Auffassung ist in Rechtsprechung und Literatur bis heute beibehalten worden⁸²⁾.

Die letzte diesbezügliche Entscheidung erließ das OLG Frankfurt im Urteil vom 1. März 1968⁸³⁾. Es führte aus: "Die Klägerin ist eine Kreditbank. Für sie stellt sich deshalb die Hingabe wirtschaftlich als ein Kapitalanlagegeschäft dar. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ihr zur Sicherung ein Grundpfandrecht bestellt wird. Praktisch kauft sie dieses Grundpfandrecht unter Hingabe eines Darlehens. Ein solcher Kreditvertrag ist demgemäß ein gegenseitiger Vertrag."

In diesen Ausführungen ist das ausgedrückt, was sich auch in den Stellungnahmen der Literatur hierzu findet. An keiner Stelle wird aber begründet, warum gerade in dem erörterten Pflichtenverhältnis ein Austauschverhältnis i.S. eines Synallagma bestehen soll. Unbestritten sind Kapitalanlagegeschäfte deswegen gegenseitige Verträge, weil sie als Geschäftsdarlehen verzinslich sind. Wenn dagegen die §§ 320 ff. BGB auch in Bezug auf die Sicherheitsleistung angewendet werden sollen, so muß sie zu irgendeiner Leistung auf Seiten des Kapitalgebers in

81) RG JW 09, 309; JW 12, 462; 37, 2765; RG Warn. 1914, Nr. 7; vgl. auch OLG Hamburg Recht 1910, 2372

82) BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607; Erman-Wagner § 607 Anm. 1; Palandt-Putzo § 445 Anm. 1; BGH WM 62, 114, 116; WM 62, 1264/65

83) NJW 69, 327/28

einem subjektiv-äquivalenten Verhältnis stehen und das ist m.E. nicht der Fall. Eine solche Sicht wäre nur vertretbar, wenn dem Kapitalgeber über die Sicherung hinaus noch ein Nutzungsrecht aus der Sicherheit zukäme.

Das Darlehen wird normalerweise aber nicht geleistet, um die Sicherheit zu erlangen. Insofern ist bereits der Ansatzpunkt der hM zweifelhaft, nämlich ob der Darlehensvertrag in Zusammenhang mit dem Sicherungsvertrag ein Vertrag ist, "der auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt" gerichtet ist. Die hM wendet hierauf § 445 BGB an. Entgelt für die Sicherheitsleistung wäre demnach die Valuta.

In diesem Verhältnis erfolgt aber kein echter Leistungsaustausch, sei es bei Bestellung von Sacheigentum oder bei Grundpfandrechten Sicherungen, denn jede Sicherung ist zunächst fiduziarisch gebunden⁸⁴⁾. Im Grunde wird der andersartige Zweck der Sicherheitsleistung auch erkannt⁸⁵⁾. Die Ansicht, es handele sich um den Kauf einer Hypothek ist daher um so unverständlicher.

Eigene Auffassung

Die Auffassung der hM ist von dem Bedürfnis getragen, dem Kapitalgeber ein Rücktrittsrecht aus § 326 BGB einzuräumen, wenn der Kapitalnehmer mit der Leistung der Sicherheit in Verzug kommt, bzw. wenn sich ihre Bestellung als nichtig herausstellt. Der gleiche Erfolg kann aber auch ohne den zweifelhaften Weg über den käufähnlichen Vertrag erreicht werden.

84) vgl. Weber, Sicherungsgeschäfte S. 183

85) z.B. BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607

Häufig wird das Darlehen überhaupt erst nach erfolgter Sicherheitsleistung gewährt werden, da der Kapitalgeber Umfang und Bonität der Sicherungen prüfen wird. In allen anderen Fällen wird man die Kapitalbelassungspflicht als stillschweigend bedingt durch die wirksame Sicherheitsleistung ansehen können, sofern nichts anderes⁸⁶⁾ vereinbart ist. Ein solcher Inhalt der Erklärung läßt sich jedenfalls durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB erzielen, wenn man den Risikogehalt des Darlehensgeschäfts und das damit verbundene, dringende Interesse des Darlehensgebers an tatsächlicher Sicherung berücksichtigt.

Folge davon ist, daß im Fall der Nichtleistung der versprochenen Sicherheit die Belassungspflicht nicht wirksam wird und der Rückforderungsanspruch, dessen Fälligkeit nur durch sie hinausgeschoben wurde, sofort durchsetzbar wird. Darin zeigt sich ein weiterer eindeutiger Vorteil der hier vertretenen Auffassung, daß der Anspruch sofort nach der Leistung entsteht und nicht erst nach dem durch Kündigung beendeten Dauerschuldverhältnis (vgl. oben S. 71 ff.). Die durch die Nichtleistung der Sicherheit entstandenen Zinsausfälle können über die §§ 286, 288 BGB geltend gemacht werden. Die §§ 320 ff. BGB sind nicht anwendbar, denn mangels wirksamer Belassungspflicht bestand auch kein gegenseitiger Vertrag.

Andeutungsweise klingt die hier vertretene Auffassung auch bei BGB-RGRK-Wilde an⁸⁷⁾, wo ausgeführt wird, die

86) z.B. die Ziffer 5 c des Hypothekenvertrags der Volksbanken: "Abgesehen von den gesetzlichen Fälligkeitsterminen kann die Gläubigerin ohne Kündigung und Mahnung jederzeit die sofortige Rückzahlung des Darlehens verlangen, wenn die Rechtsgültigkeit oder der Rang der Hypothek bestritten oder der vereinbarte Rang nicht innerhalb einer von der Gläubigerin zu bestimmenden Frist beschafft wird".

87) Bem. 4 vor § 607

Verpflichtung zur Sicherheitsleistung sei nur die Kondition, unter der das Darlehen gewährt werde. Unverständlicherweise wählt man aber auch hier den Weg über das Kaufrecht.

Mit der hier vertretenen Lösung werden auch die unerträglichen Ergebnisse vermieden, die aus zwei Entscheidungen des RG⁸⁸⁾ resultieren.

In beiden Fällen war ein Darlehen gewährt worden, für das ein Pfandrecht, bzw. eine Hypothek als Sicherheit bestellt werden sollte. Nachdem sich in beiden Fällen die dinglichen Rechte als nichtig herausgestellt hatten, verlangten die Darlehensgeber ihr Geld zurück, da sie ungesichert waren.

Das RG wies sie mit der Klage ab und begründete dies damit, daß die Nichtigkeit der gewährten Sicherungen keinen Einfluß auf das Darlehen habe. Der Realvertrag sei gegenüber der Sicherungsabrede völlig selbständig; deshalb könne seine Gültigkeit durch die Nichtigkeit der Sicherungen nicht in Frage gestellt werden.

Nach dem Lösungsweg über den Bedingungszusammenhang von tatsächlicher Sicherheitsleistung und Belassungspflicht ist das Kapital dagegen dann sofort rückforderbar. Dies ist auch interessengerecht, denn es ist dem Darlehensgeber nicht zuzumuten, sein Kapital einem derartig unzuverlässigen Schuldner für die vereinbarte Laufzeit zu belassen. Vielmehr ist die Kreditbasis zwischen den Parteien im Regelfall zerstört.

88) RGZ 86, 323/24; 108, 150

4. Zusammenfassung der Argumente, die für die hier vertretene Lösung sprechen

Der Darlehensvertrag in Kombination mit dem Sicherungsvertrag ist zweifach bedingt. Dieser Bedingungs-zusammenhang ist erforderlich, um beiden Parteien in ihren Vermögensinteressen gerecht zu werden. Über das Synallagma und damit die §§ 320 ff. BGB ist ein risikoloser Interessenausgleich nicht zu erreichen, da in den betreffenden Pflichtenverhältnissen ein Gegenseitigkeitsverhältnis nicht gesehen werden kann. Die Situation beim Darlehensvertrag stellt sich wie folgt dar:

In einem einheitlichen konsensualen Vertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber zur Leistung und Belassung des Kapitals. Dies will er jedoch nur, wenn er auch tatsächlich gesichert ist. Infolgedessen geht er die Belassungspflicht nur unter der Bedingung der voll wirksamen Sicherheitsleistung ein, zu der sich der Darlehensnehmer im Vertrag verpflichtet hat. Würde der Darlehensgeber das nicht tun, dann müßte er gemäß § 609 BGB die Belassungspflicht kündigen und wäre dabei selbstverständlich an die vereinbarte Laufzeit gebunden, es sei denn, man entnimmt den §§ 610, 242 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht, § 326 BGB kann ihm dagegen kein außerordentliches Kündigungsrecht gewähren, weil im Verhältnis von Belassungs- und Sicherungspflicht kein Synallagma vorliegt.

Der Darlehensnehmer dagegen verpflichtet sich zur Rückleistung. Da er die endgültige Wirksamkeit dieser Pflicht aber nur will, sofern er die Valuta erhalten hat, geht er die Rückleistungspflicht nur unter der Bedingung der Hingabe des Darlehens ein.

Der Darlehensvertrag ist im Verhältnis von Valutabelassung und Zinsleistung synallagmatisch. Im Verhältnis von Leistung und Rückleistungspflicht, sowie von Belassungspflicht und Sicherheitsleistung ist er dagegen bedingt. Mit dieser Auffassung lassen sich, wie sich im II. Hauptteil zeigen wird, einige Komplikationen vermeiden, die sich bei den herkömmlichen Konstruktionen ergeben haben.

II. Hauptteil:

Die Konsequenzen der Theorien bei ihrer praktischen Anwendung

Durch nachstehende Ausführungen soll auf die unterschiedlichen Auswirkungen der Theorien bei ihrer praktischen Anwendung hingewiesen werden. Insbesondere soll die Schutzwirkung des hier vertretenen Bedingungszusammenhangs verdeutlicht werden, die durch die herkömmlich vertretenen Theorien entweder nicht erreicht oder wenn ja, auf einem m.E. nicht überzeugenden Weg.

I. Die Erfüllungsproblematik

1. Die Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB

Bereits im Rahmen der Untersuchung des Realvertrags war beschrieben worden (oben S.41), daß durch den Realvertrag die §§ 362 ff. BGB ausgeschaltet werden. Theoretische Unterschiede zeigen sich folgerichtig auch bei den Erfüllungssurrogaten, wie z.B. der Aufrechnung. Es sollen folgende Aufrechnungslagen untersucht werden:

- Aufrechnung des Darlehensnehmers mit einem Anspruch gegen den Darlehensgeber gegen dessen Rückleistungsanspruch
- Aufrechnung des Darlehensnehmers mit der Valutaforderung gegen eine Forderung des Darlehensgebers gegen ihn
- Aufrechnung des Darlehensgebers mit einer Forderung gegen die Valutaforderung des Darlehensnehmers

Der Aufrechnung als solcher stehen in den beiden erstgenannten Fällen keine Bedenken grundsätzlicher Art entgegen. Die Aufrechnung des Darlehensgebers dagegen ist ausgesprochen unerwünscht. Denn durch sie wird der Zweck des Darlehens vereitelt, der darin liegt, dem Darlehensnehmer nutzbares Kapital zu verschaffen. Ihm ist nicht damit gedient, daß eine andere Schuld getilgt wird. Er könnte sich dann die alte Schuld auch stunden lassen, um den gleichen Effekt zu erzielen und es wäre nicht der Umweg über den Abschluß eines Darlehensvertrags notwendig.

Die einzelnen Theorien bieten teilweise unterschiedliche Lösungswege an.

Im erstgenannten Fall ist die Aufrechnung nach allen Theorien zulässig¹⁾. Gegenstand der weiteren Erörterung sind daher nur die Aufrechnung des Darlehensnehmers und -gebers (2. und 3. Fall).

Nach der Realvertragstheorie kann in beiden Fällen keine Aufrechnung stattfinden, weil sich ungleichartige Forderungen gegenüberstehen, denn die Forderung aus dem Vorvertrag ist keine reine Geldforderung, sondern ist auf Abschluß des Realvertrags gerichtet²⁾. So erwünscht dieses

1) Blaß S. 64; Gentz S. 14, 15; Heidbrink S. 35; Hilbert S. 45-47; Kohler ArchBürgR. 2, 234; 33, 14; Ludwig S. 25, 26; Lübbert IhJB. 52, 376 ff.; BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 2; Schäfer S. 20, 21; 44, 45; Staudinger-Riedel § 610 Anm. 2

2) Blum 1912 S. 52; Blaß S. 64; Eulau S. 29; Leonhard II S. 190; Oertmann § 610 Anm. 1 b; Planck-Flad Bem. V 1 vor § 607

Ergebnis für den Fall der Aufrechnung des Darlehensgebers ist, so starr erweist sich diese Theorie bei der Aufrechnung des Darlehensnehmers. Versuche, dem Darlehensnehmer die Aufrechnung auf der Basis der Realvertragstheorie zu ermöglichen, sind m.E. mißglückt³⁾.

Die Konsensualvertragstheorie in der herkömmlich vertretenen Form läßt die Aufrechnung in allen Fallvarianten theoretisch zu, was für den Fall der Aufrechnung des Darlehensgebers nur beschränkten Beifall gefunden hat⁴⁾.

-
- 3) Einige Autoren lassen die Aufrechnung zu, weil der Darlehensnehmer erkläre, die Valutasumme durch Aufrechnung erhalten zu haben (Enn.-Lehmann § 144 S. 580; Regelsberger IuJB. 52, 417; BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 1; vgl. Soergel-Lippisch § 610 Anm. 2; Staudinger-Riedel § 610 Anm. 2). Diese Lösung ist indessen mit der Realvertragstheorie nicht begründbar, denn es wird nicht erklärt, worin die Grundvoraussetzung der Gleichartigkeit der Forderungen liegt. Gleichermaßen wird nicht gesagt, auf welche Weise der Realvertrag im Fall der Aufrechnung abgeschlossen wird, denn die Aufrechnung ist ein einseitiger Akt und kein Konsens.
- 4) Eine nicht unbedeutende Anzahl von Autoren hält sie allerdings sogar für wünschenswert, weil durch eine Aufrechnung des Gebers verhindert werden könne, daß der Kapitalnehmer auf der Auszahlung des Darlehens bestehe, obwohl er seine fälligen Schulden nicht beglichen habe. Dies gelte besonders dann, wenn die Forderung erst nach Abschluß des Darlehensvertrags entstanden sei (Kohler ArchBürgR. 33, 14; Ludwig S. 26; Lübbert IuJB. 52, 375/76; vgl. Kreß II S. 149; vgl. Schäfer S. 45, 46; Scheidwimmer S. 44, 46).

Eine derartige Aufrechnung muß allerdings als zweckwidrig angesehen werden. Bestand die Forderung gegen den Nehmer schon und hat der Geber dennoch einen Darlehensvertrag abgeschlossen, so muß er ihn zweckentsprechend erfüllen. Ist die Forderung dagegen erst nach Abschluß des Darlehensvertrags entstanden, so wußte er, daß er aus dem Darlehensvertrag verpflichtet war. Gegen einen Vermögensverfall des Darlehensnehmers wird er ausreichend über § 610 BGB geschützt.

Andere Autoren lehnen die Aufrechnung des Gebers ab und begründen dies mit der Zweckwidrigkeit der Aufrechnung, sowie damit, daß sie dem Parteiwillen zuwider laufe (Hilbert S. 46; Heidbrink S. 35; Kohler ArchBürgR. 33, 14; nur ausnahmsweise zulässig); Soergel-Lippisch § 610 Anm. 2)

Diese Lösungsversuche müssen als konstruktiv mißglückt betrachtet werden. Das Argument der Zweckwidrigkeit beruht mehr oder minder auf dem Generaltatbestand des § 242 BGB.

Eigener Lösungsvorschlag

Wie bereits oben angedeutet, ist die Aufrechnung des Darlehensgebers deshalb unzulässig, weil sie den Vertragszweck vereitelt. Konstruktiv wird dieses Ergebnis durch Berücksichtigung von § 607 I BGB in Verbindung mit dem hier vertretenen Bedingungs Zusammenhang von Leistung und Rückleistungspflicht erreicht.

Nach § 607 I BGB ist der Darlehensnehmer nur dann zur Rückleistung verpflichtet, wenn er ein Darlehen erhalten hat, d.h. nur derjenige, dem ein bestimmtes Kapital auf Dauer zur Nutzung zugewiesen ist.

Rechnet der Darlehensnehmer mit der Valutaforderung gegen eine Forderung des Darlehensgebers auf, so wird durch die Aufrechnung eine von der zunächst getroffenen Vereinbarung abweichende Vereinbarung angestrebt. Durch die Aufrechnung macht der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber das Angebot, statt des Erhalts nutzbaren Kapitals die Tilgung einer Forderung vorziehen zu wollen. Das Angebot wird in der Regel vom Darlehensgeber auch angenommen werden, denn er erlangt hierdurch lediglich Vorteile und muß kein Barkapital aufbringen. Hierdurch ist statt der ursprünglichen Bedingung: "Zahlung nutzbaren Kapitals" eine andere Bedingung vereinbart, nämlich: "Tilgung der Forderung des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer". Sobald die Aufrechnung erfolgt ist, besteht seitens des Darlehensgebers der Anspruch aus § 607 I BGB, denn durch die Tilgung der Forderung ist die Bedingung für die Wirksamkeit des Rückleistungsanspruchs eingetreten. Die Aufrechnung ist daher in diesem Fall zulässig und möglich.

Die Aufrechnung des Darlehensgebers stößt nach der hier vertretenen Auffassung auf derartig nachteilige Konsequenzen für den Darlehensgeber, daß er sie nicht erklären

wird. Gleichzeitig wird die Schutzwirkung der Bedingung deutlich. Daher ist die Aufrechnung nur im Einverständnis des Darlehensnehmers möglich. Eine unterschiedliche Behandlung beider Aufrechnungslagen ist aus Gründen des Schutzes des Darlehensnehmers geboten. Der Vertragszweck soll nicht ohne sein Einverständnis einseitig nach den Interessen des Darlehensgebers geändert werden können.

Der Darlehensnehmer ist nur zur Rückleistung verpflichtet, wenn er ein Darlehen erhalten hat. Dies ist die zwischen den Parteien vereinbarte Bedingung. Leistet daher der Darlehensgeber kein Darlehen, sondern versucht er, sich dieser Leistung durch Aufrechnung zu entziehen, so führt das zu empfindlichen Nachteilen zu seinen Lasten.

Denn durch die Aufrechnung erlischt die Forderung, die ihm gegen den Darlehensnehmer zusteht. Auf der anderen Seite wird ihm der Darlehensnehmer aber nicht zur Rückleistung verpflichtet, da die Bedingung für die wirksame Entstehung dieser Pflicht mangels Hingabe der Valuta nicht eingetreten ist. Diesen Konsequenzen kann der Darlehensgeber auch nicht dadurch ausweichen, daß er in seine Aufrechnungserklärung die Bedingung aufnimmt, daß die Rückleistungspflicht entsteht. Denn eine bedingte Aufrechnungserklärung ist mit Rücksicht auf § 388 Satz 2 BGB unzulässig.

Zudem haftet der Darlehensgeber weiter auf Erfüllung der Valutaforderung, weil diese nicht durch die Aufrechnung erfüllt wurde und geht gleichzeitig das Risiko ein, daß er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁶ haftet. So gesehen ist dem Darlehensgeber der Weg der Aufrechnung abgeschnitten. Ergänzend kann dann auf die Zweckwidrigkeit der Aufrechnung hingewiesen werden, so daß das Ergebnis zusätzlich auf den Rechtsgedanken des § 242 BGB gestützt werden kann.

Sieht man dagegen in der Aufrechnungserklärung des Darlehensgebers das Angebot an den Darlehensnehmer auf Abschluß einer anderen Erfüllungsvereinbarung, so wird der Darlehensnehmer häufig nicht damit einverstanden sein. Denn sein Interesse liegt in der Leistung von Kapital, so daß die ursprünglich getroffene Bedingung "Leistung eines Darlehens" auch nicht abgeändert werden kann.

Beide Aufrechnungsfälle unterscheiden sich deswegen so erheblich, weil im Fall der Aufrechnung des Darlehensnehmers dieser als Berechtigter auf den Empfang der Valuta verzichtet und statt dessen einen anderen Weg der Erfüllung einschlägt, während im Fall der Aufrechnung des Gebers dem Nehmer der Verzicht aufgezwungen würde.

2. Disagio

Es entspricht einer weit verbreiteten Praxis der Hypothekenbanken, daß von der Nominalforderung des Darlehensnehmers ein bestimmter Prozentsatz nicht ausgezahlt wird, obwohl seitens des Darlehensnehmers der volle Valutabtrag zurückzuzahlen und zu verzinsen ist (es wird z.B. nur 96 % der vereinbarten Valuta geleistet). Die restlichen 4 % sind das Disagio (oder auch Damnum). Demnach wird der Leistungsanspruch des Kapitalnehmers nicht voll erfüllt. Gleichwohl wird er zur Rückleistung verpflichtet in einem Gesamtumfang, in dem, zumindest auf den ersten Blick, die Bedingung für den Rückleistungsanspruch mangels Leistung nicht eingetreten ist.

In Literatur⁵⁾ und Rechtsprechung⁶⁾ wird das Disagio unterschiedlich eingeordnet.

Die Charakterisierung als Zins wird im allgemeinen abge-

5) Soergel-Lippisch § 608 Anm. 8; Palandt-Heinrichs § 246 Anm. 1; Giesing WM 1964, 592

6) BFH NJW 66, 1047; 64, 2083; DB 64, 133

lehnt. Man argumentiert, Zinsen seien wiederkehrende Leistungen, das Disagio jedoch sei eine einmal zu entrichtende Leistung und gelte nicht die Kapitalnutzung, sondern die Unkosten und Provisionen für die Kapitalbeschaffung ab⁷⁾.

Der BFH⁸⁾ ging daher davon aus, daß im Disagio eine Zusatzforderung liegt; diese Rechtsprechung hat er jedoch modifiziert, indem er entschied⁹⁾, daß die Rechtsnatur des Disagio nicht immer einheitlich zu beurteilen sei, daß also über die Einstufung als Beschaffungskosten hinaus auch ein zinsähnlicher Charakter in Frage kommt. Ähnlich hat sich auch der BGH¹⁰⁾ dahin geäußert, daß ein Disagio als besondere Form und Teil eines Zinses anzusehen sein könne. Daß mit Hilfe des Disagio ein verschleierte Zins erhoben und damit die vereinbarten Zinsen unterhalb der Wuchergrenze gehalten werden können, soll an dieser Stelle unerörtert bleiben. Unter Berücksichtigung der Darlehens-theorien stellt sich die Rückleistungsproblematik wie folgt dar:

Nach Ansicht von Kinne kann der Rückzahlungsanspruch quantitativ nur im Umfang der tatsächlichen Kapitalleistung entstehen¹¹⁾, so daß ein teilweiser Verzicht auf den vereinbarten Valutabetrag nicht möglich ist, wenn der Darlehensnehmer gleichzeitig zur Rückleistung des vollen Betrages verpflichtet werden soll. Kinne sieht darin einen entscheidenden Vorteil der Realvertragstheorie.

Diese Konsequenz vermeidet der BFH, ebenfalls vom Boden der Realvertragstheorie aus¹²⁾. Er führt aus, der Dar-

7) s. Noten 5 und 6

8) s. Note 6

9) BFH NJW 67, 272

10) BGH MDR 63, 486

11) Gruch. 46. 468/70; vgl. auch Planck-Flad § 607 Anm. 7

12) NJW 66, 1048

lehensnehmer habe Anspruch auf das volle Darlehen und müsse dieses verzinsen und tilgen. Der Darlehensgeber sei aber berechtigt, sich wegen der Forderung auf das Disagio durch Einbehalten des entsprechenden Betrags zu befriedigen (hierbei umgeht der BFH im übrigen geschickt die oben dargestellte Aufrechnungsproblematik). Denn die vertraglichen Bestimmungen über das Darlehensverhältnis müßten als einheitliches Ganzes betrachtet werden und im Disagio liege lediglich eine Zusatzvereinbarung.

Dieser Auffassung kann vom Boden der Konsensualvertragstheorie in der hier vertretenen Form zugestimmt werden, denn die Parteivereinbarung ist entscheidendes Kriterium der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses. Dem Darlehensgeber ist es lediglich nicht gestattet, dem Nehmer durch einseitige Maßnahmen die Nutzung des Kapitals zu entziehen.

3. Die Erfüllung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens im Klageweg

a. Klageanträge

Ein reiner Geldleistungsanspruch steht dem Darlehensnehmer nur nach der Konsensualvertragstheorie zu. Aus dem Vorvertrag der Realvertragstheorie kann er lediglich auf Abschluß des eigentlichen Darlehensvertrags klagen. Infolgedessen müssen sich die Klageanträge nach beiden Theorien unterscheiden, denn der Kläger ist verpflichtet, sein Klageziel so genau zu präzisieren, daß der Antrag möglichst in den Tenor eines obsiegenden Urteils unverändert übernommen werden kann¹³⁾. Die Anträge müssen daher lauten¹⁴⁾:

13) Baumbach-Lauterbach § 253 Anm. 5; Stein-Jonas-Schuman-Leipold § 253 Anm. III

14) vgl. dazu Gentz S. 16; Hohenstein S. 79; Rubehn S. 23; Scheidwimmer S. 47, 71; Schloßmann IJB. 45, 84

Konsensualvertragstheorie:

"Den Beklagten zu verurteilen, DM an den Kläger zu zahlen."

Realvertragstheorie:

- (1) "Den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger DM zu zahlen
- (2) Alle seinerseits erforderlichen Willenserklärungen abzugeben, die zum Abschluß des Realvertrags erforderlich sind."

Der Bundesgerichtshof hat die zuletzt genannte Formel noch dahin präzisiert, daß der Darlehensgeber nur zur

"Zahlung des Darlehens nach Empfang des Angebots zum Abschluß eines Darlehenshauptvertrags und nach Rechtskraft des Urteils¹⁵⁾"

verurteilt werden kann, wobei auf die §§ 259, 726 ZPO hingewiesen wird.

Neumann-Duesberg hat versucht¹⁶⁾, den Antrag der Realvertragstheorie durchsetzbar zu machen, indem er dem Darlehensnehmer die direkte Zahlungsklage zugesteht. Sein Klageantrag lautet:

"Den Beklagten zu verurteilen, DM zu zahlen, Zug um Zug gegen die Erklärung des Klägers, den Betrag als Darlehen zu empfangen und zurückzuleisten."

b. Kritik und Stellungnahme

Trotz dieses Versuchs, den Realvertrag praktikabel zu machen, und zwar auf rechtlich zulässige Art und Weise, bleibt ein solcher Antrag ungenau und kann grundsätzlich nicht zur Erreichung des Klageziels führen. Neumann-

15) BGH NJW 1975, 443/44

16) NJW 1970, 1404 (rechte Spalte)

Duesberg hat den Erklärenden ausgetauscht, den Nehmer damit belastet und dadurch versucht, die Konsequenzen des § 894 ZPO bezüglich der Rechtskraft auszuschalten. Denn die Erklärung, zu der normalerweise der Geber verurteilt werden soll, wird jetzt durch den Nehmer abgegeben, so daß ein zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilendes Urteil nicht vorliegt. Damit wird das Problem indessen nicht gelöst. Auch wenn nämlich der Geber zur Zahlung verurteilt wird, ist damit die für das Zustandekommen des Realvertrags erforderliche Zweckvereinbarungserklärung noch nicht durch den Geber abgegeben und gilt erst mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils als existent. Die im Antrag Neumann-Duesbergs enthaltene Erklärung des Darlehensnehmers ist ohnehin konkludent dem Klagebegehren zu entnehmen. Die Situation wird nicht dadurch anders, daß man die konkludente Erklärung zur ausdrücklichen macht. Auch dann fehlt die erforderliche Erklärung des Darlehensgebers, die er nicht bereit ist, freiwillig abzugeben. Anderenfalls wäre der Prozeß überflüssig.

Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs überzeugt nicht. Zunächst soll auf die Ausführungen hierzu auf S. 66 - 68 verwiesen werden. Über die gesamte Umständlichkeit der Realvertragskonstruktion hinaus wird nicht deutlich, warum der Darlehensnehmer zur Vorleistung verpflichtet sein sollte. Mit dem Urteil, bzw. dessen Rechtskraft wird die Willenserklärung als abgegeben fingiert. Es ist dann Sache des Darlehensnehmers, die Valuta und die im Urteil enthaltene Willenserklärung anzunehmen. Durch all das wird deutlich, zu welchen, m.E. unnötigen, Schwierigkeiten die Realvertragstheorie führt.

Legt man die hier vertretene Bedingungslösung zugrunde, so bedarf es auch keiner Zug-um-Zug Einschränkung des Klageantrags. Denn mit dem Vollzug der Leistung, d.h. spätestens nach erfolgter Vollstreckung des Urteils, wird der Anspruch

aus § 607 I BGB wirksam. Dann ist der Darlehensnehmer zur Rückleistung verpflichtet, weil die vereinbarte Bedingung eingetreten ist.

4. Die Erfüllung im Weg der Zwangsvollstreckung

a. Die Vollstreckung des Urteils, das dem Darlehensnehmer die Valuta zuspricht

Die nachstehend erörterte Frage ist von geringer praktischer Bedeutung, weil sich der Darlehensnehmer im Regelfall auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränken wird. Für diejenigen Fälle, in denen die Durchführung des Darlehensvertrags für den Nehmer von entscheidender Bedeutung ist, z.B. dann, wenn er einen anderen Kredit nicht zu erlangen vermag, soll die Vollstreckungsproblematik der Vollständigkeit halber erörtert werden (zur Aktualität der Vollstreckungsproblematik: BGH NJW 1975, 443/44).

aa. Das konsensuale Darlehen

Die Vollstreckung eines konsensualen Gelddarlehens erfolgt unkompliziert. Das Urteil ist ein reiner Geldleistungstitel, aufgrunddessen beim Schuldner Sachen oder Forderungen gepfändet und anschließend verwertet werden (§§ 808, 829, 835, 814 ff. ZPO). Zu beachten ist allerdings die gesetzliche Gefahrtragsregel des § 815 III ZPO. Der Rückleistungsanspruch kann daher auch ohne Erhalt des Geldes wirksam werden, wenn sich die Gefahr realisiert (allgemein zur Gefahrtragung unten S. 117).

Schwieriger gestaltet sich die Vollstreckung des konsensualen Sachdarlehens, denn das Urteil enthält hier auch den Ausspruch, die geschuldeten Sachen zu übereignen. Diese Doppelnatur eines zur Übereignung verurteilenden

Titels wird in der Praxis häufig übersehen¹⁷⁾.

bb. Das reale Darlehen

Gegenüber den vorgenannten Schwierigkeiten ist die Vollstreckung eines realen Darlehens mit einem noch komplizierteren Verfahren verbunden. Denn neben der Verurteilung zur Geldleistung erfolgt hier die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, die auf Abschluß des Realvertrags gerichtet ist. Der Realvertrag kann gemäß § 894 ZPO nur dann entstehen, wenn das Urteil rechtskräftig ist. Eine vorläufige Vollstreckbarkeit scheidet insoweit aus, denn ein Urteil, das auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, ist zwar ein Leistungstitel¹⁸⁾, hat aber bezüglich der abzugebenden Willenserklärung keinen vollstreckungsfähigen Inhalt, denn der Leistungserfolg tritt mit der Rechtskraft ohne besondere Vollstreckungshandlung ein¹⁹⁾. Die Abgabe der Willenserklärung wird dann fingiert. Demnach führt die Realvertragstheorie zu einer Doppelvollstreckung²⁰⁾, die wegen des Rechtskraftefordernisses langwierig ist. Versuche^{20a)}, diese Konsequenzen der

17) Bruns Zwangsvollstreckung § 39 III 1

Die erforderliche Doppelvollstreckung bietet nicht die gleichen Schwierigkeiten, wie die Doppelvollstreckung nach der Realvertragstheorie. Denn die Sachleistung kann bereits vor der Rechtskraft vollstreckt werden, weil der Konsensualvertrag bereits einen obligatorischen Anspruch verbrieft, während beim realen Darlehen durch die Vollstreckung der Realvertrag erst zustande gebracht werden muß. Der Darlehensgeber ist ausreichend durch die gerichtlich angeordnete Sicherheitsleistung, sowie durch den Schadensersatzanspruch aus § 717 Satz 2 ZPO geschützt.

18) Furtner aaO. S. 35; RGZ 89, 230; 124, 85

19) Stein-Jonas-Schuman-Leipold Bem. I c vor § 253 II

20) Boehmer ArchBürgR. 38, 352; Kohler ArchBürgR. 33, 6; vgl. Rubehn S. 23; a.A.: Mattuschka S. 43, 44; Regelsberger IJb. 52, 425; der eine Vollstreckbarkeit des Darlehensanspruchs völlig ablehnt.

20a) Der BGH hat in seiner Entscheidung (NJW 75, 444) ausdrücklich das Bestehen von Teilansprüchen abgelehnt, die auf die Einzelelemente gerichtet sind. Folglich muß auch die Teilvollstreckung außer Betracht bleiben (vgl. oben S. 66-68)

Doppelvollstreckung abzumildern, überzeugen m.E. nach nicht²¹⁾.

b. Zur Frage, ob Erfüllung des Leistungsanspruchs auch durch Vollstreckung eines Gläubigers in den Anspruch des Darlehensnehmers eintreten kann

Der Anspruch des Darlehensnehmers kann ein willkommenes Zugriffsobjekt für vollstreckende Gläubiger des Darlehensnehmers darstellen. Sofern die Darlehensforderung dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen wird, erhält der Darlehensnehmer kein Darlehen und die Erfüllungsproblematik wird aktuell. Bei der gegebenen Interessenlage erfordert es der Schutz des Darlehensnehmers, daß der Darlehensanspruch der Zwangsvollstreckung entzogen ist. Dieser Schutz wird durch die hier vertretene Bedingung erreicht. Auffassungen innerhalb der herkömmlich gefaßten Konsensualvertragstheorie, die die Pfändung zulassen²²⁾, sind aus nachstehenden Gründen abzulehnen.

Eine Forderung ist nur insoweit pfändbar, als sie abgetreten werden kann. Das folgt aus § 851 I ZPO. Eine Abtretung ist beim Darlehensanspruch jedoch nur möglich, sofern der Darlehensnehmer durch die Leistung an den Zessionar auch Rückleistungsschuldner wird (zur Abtretungsproblematik im allgemeinen unten S. 161 ff.). Die

-
- 21) Rubehn S. 20 hat dies versucht, ist jedoch (S. 28) nicht darauf eingegangen, daß Urteile nach § 894 ZPO nicht vorläufig vollstreckbar sind. Er hat die Vollstreckung des realen vor dem konsensualen Realvertrags-element zugelassen, obwohl er beide grundsätzlich für untrennbar hält. Im Rahmen einer "Vorwirkung der Rechtskraft" läßt er sogar die Verwendung der Valuta in der im Vorvertrag festgelegten Weise zu (S. 29) und verschafft dem Darlehensnehmer so eine volle Rechtsstellung, obwohl überhaupt kein Darlehensvertrag besteht und dem Vorvertrag ein "nacktes Summenrecht" eben nicht entspringen soll (RGZ 68,355) BGH NJW 75,444
- 22) Gentz S. 13; Genzmer ACP 137, 200; Hohenstein S. 40; Kohler ArchBürgR. 33,18; Ludwig S. 23; Lübbert IhJB. 52, 374/79; Mattuschka S. 37; Palandt-Putzo § 607 Anm.1 Rosenberger S. 68; Scheidwimmer S. 42; Siber IhJB. 70, 248/49; Soergel-Lippisch § 610 Anm. 1; Vogel S. 35

Abtretung kann daher nur insoweit zugelassen werden, als der Darlehensnehmer als Zedent erklärt, daß er zur Rückleistung verpflichtet sein will, sofern der Darlehensgeber an den Zessionar zahlt. Dieses freie Selbstbestimmungsrecht wird dem Darlehensnehmer aber entzogen und durch das des pfändenden Gläubigers ersetzt²³⁾. Infolgedessen muß eine derartige "Zwangsabtretung" als unzulässig angesehen werden. Dogmatisch wird dieses Ergebnis folgerichtig durch Anwendung der hier vertretenen Bedingung erreicht, wobei es sich um eine vergleichbare Problematik handelt, wie bei der Aufrechnung des Darlehensgebers:

Denn auch hier wird dem Darlehensnehmer das nutzbare Kapital vorenthalten. Hinzu kommt aber auch ein Interesse des Darlehensgebers, der den Rückleistungsschuldner behalten will, den er sich bei Abschluß des Darlehensvertrags aussuchte. Durch die oben beschriebene Zwangsvollstreckung kann daher die Erfüllung des Leistungsanspruchs mangels der Hingabe der Valuta nicht eintreten, so daß auch die Bedingung für die Wirksamkeit der Rückleistungspflicht nicht eintritt. Die Bedingung könnte allenfalls durch Übereinkunft der ursprünglichen Vertragsparteien abgeändert werden, nicht jedoch zwangsweise durch Vollstreckung. Durch eine Pfändung würde infolgedessen die Stellung des Darlehensnehmers insoweit verschlechtert, als ihm die Kapitalnutzung entzogen wird. Die Stellung des Darlehensgebers und Drittschuldners würde sich verschlechtern, weil ihm durch die Pfändung aufgegeben würde, ein Kapital wegzugeben, ohne einen Rückleistungsschuldner zu haben und darüberhinaus auch keine Zinspflicht des

23) ausdrücklich gebilligt von Kohler ArchBürgR. 33, 18; Ludwig S. 23, der die Pfändung für billig und gerecht hält und als Realisierung des Kreditrisikos seitens des Kapitalgebers ansieht.

Darlehensnehmers entsteht, weil die Belassungspflicht nicht erfüllt wird. Eine Verschlechterung der Stellung des Drittschuldners durch die Zwangsvollstreckung ist indessen unzulässig²⁴⁾, §§ 809 II ZPO, 1273 ff., 398 ff. BGB. Infolgedessen wird deutlich, daß die zwischen den Parteien des Darlehensvertrags vereinbarte Bedingung beiderseits Schutzfunktion ausübt.

Dieses Ergebnis verdeutlicht, daß dem vollstreckenden Gläubiger nicht andere und weitergehende Rechte zufallen dürfen, als die zwischen den Vertragspartnern vereinbarten. Die Zwangsvollstreckung scheitert aber, worauf ergänzend hingewiesen werden soll, auch aus praktischen Gründen. Denn der Darlehensgeber behält auch im Fall der Pfändung sein Recht aus § 610 BGB. Da man aber häufig im Pfändungsfall vom Vorliegen seiner Voraussetzungen ausgehen kann, wird der Darlehensgeber als Drittschuldner von diesem Widerrufsrecht Gebrauch machen, so daß mangels Forderung ein taugliches "Pfändungssubstrat" nicht mehr vorhanden ist.

Die Pfändung würde schließlich auch gegen Treu und Glauben verstoßen, weil ein vollstreckender Gläubiger durch den Zufall, daß der Drittschuldner dem Darlehensnehmer Kredit gibt (den er dem Darlehensnehmer offensichtlich nicht bereit ist, zu geben) Nutzen ziehen würde, obwohl der Vermögenswert, in den er vollstreckt, das Vermögen des Darlehensnehmers gar nicht auf Dauer bereichern soll. Praktisch kommt die Pfändung einem Gläubigeraustausch gleich und auf eine solche Position hat niemand einen Anspruch. Die Vollstreckung in die Darlehensforderung würde auch die wirtschaftliche Wiedererstarkung eines u.U.

24) vgl. Baumbach-Lauterbach § 829 Anm. 7 B; Diesel JW 33, 2504; JW 34, 206

geschwächten Darlehensnehmers verhindern oder gefährden und damit das Kreditrisiko des Darlehensgebers untragbar erhöhen.

Zu dem Ergebnis der Unpfändbarkeit führt auch die Realvertragstheorie²⁵⁾, wenngleich aus anderen Gründen.

II. Die Leistungsstörungen beim Darlehensvertrag

1. Die Unmöglichkeit

Die auf Leistung eines Gelddarlehens gerichtete Pflicht der Darlehensvertragsparteien kann nicht unmöglich werden, was mit ihrem Charakter als Geldschuld zusammenhängt.

Geld ist, wie bereits oben dargelegt (S. 23) eine unkörperliche Vermögensmacht, die losgelöst von der Sache und dem Sachwert besteht¹⁾. Die Geldschuld ist daher eine Betrags- und nicht eine Sachsschuld, weshalb sie auch keine Gattungsschuld ist²⁾. Ihr Inhalt ist vielmehr ein ziffermäßig festgelegter Betrag, der unabhängig von dem sich ändernden Wert des Geldes bestehen bleibt³⁾. Demgegenüber ist die Gattungsschuld dadurch gekennzeichnet,

25) Hilbert S. 50, 52; Pernau S. 32; Planck-Siber § 399 Anm. 1 c; Rubehn S. 21

Im Weg der Vollstreckung kann nämlich kein Realvertrag abgeschlossen werden, denn wenn der Gläubiger den vorvertraglichen Anspruch pfändet, kann er vom Darlehensgeber lediglich den Abschluß des Realvertrags verlangen, nicht jedoch die Valuta allein. Dies wird ihm nicht gelingen, weil es keine rechtliche Möglichkeit gibt, den Darlehensgeber und Drittschuldner zum Abschluß des Realvertrags zu zwingen. Das Recht zum Abschluß des Realvertrags bleibt weiter beim Darlehensnehmer, der sich zur Rückleistung verpflichten muß.

1) Simitis ACP 159, 427

2) allerdings umstritten: a.A. Erman-Sirp § 244 Anm. 4; Oertmann § 244 Anm. 1; Planck-Strohal § 244/45 Anm. 2; Begründung: Zwar sei ein Wert Inhalt der Schuld, dieser erhalte aber erst durch seine Verkörperung die zuverlässige Verkehrsfähigkeit.

3) Simitis ACP 159, 443

daß Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten sind⁴⁾, deren Vertretbarkeit u.a. deshalb gegeben ist, weil sie die jeweils gleichen Substanzmerkmale aufweisen. Die Geldsubstanz stellt jedoch lediglich eine Maßeinheit dar⁵⁾.

Demnach kann eine Gefahrentlastung zugunsten des Darlehensgebers durch Aussonderung nach § 243 II BGB nicht erfolgen⁶⁾. Diese wirkt sich nicht aus, weil er gemäß § 270 I BGB ohnehin die Gefahr für die Dauer der Übermittlung des Geldes zu tragen hat. Aus dem Charakter der Geldschuld als Vermögensschuld folgt weiter, daß § 279 BGB anzuwenden ist, obwohl dieser nur Fälle der Gattungsschuld vom Wortlaut her regelt⁷⁾. Wenn der Kapitalgeber daher zahlungsunfähig wird, haftet er gleichwohl, weil er für seine Zahlungsfähigkeit einzustehen hat⁸⁾. Eine Leistung, die eine Geldleistung zum Inhalt hat, wird daher nicht unmöglich. Wesentliche Unterschiede ergeben sich nicht für die dem Vorvertrag entspringende Pflicht, die keine reine Geldschuld ist. Sie kann zwar dann unmöglich werden, wenn der Abschluß des Hauptvertrags unmöglich geworden ist⁹⁾, Regelmäßig wird die "Unmöglichkeit" aber auch hier in der Leistungsunfähigkeit des Gebers bestehen, für die ebenfalls § 279 BGB gelten muß.

Für das Sachdarlehen gelten demgegenüber die §§ 243 II BGB, 279 BGB, denn hier handelt es sich um eine Gattungsschuld. Nennenswerte Unterschiede zwischen den Theorien

4) Enn.-Lehmann § 11 I; Esser I § 20 III; Larenz I § 12 II; Palandt-Heinrichs § 244/45 Anm. 2; Simitis AcP 159, 445

5) Simitis AcP 159, 445

6) auch dies wiederum str.: wie hier: Larenz I § 12 III; Neumann-Duesberg NJW 70, 1404; a.A.: Erman-Sirp § 244 Anm. 6; Palandt-Heinrichs § 245 Anm. 2;

7) Erman-Sirp § 244 Anm. 4; Palandt-Heinrichs § 244/45 Anm. 2; Simitis AcP 159, 465; BGH LM Nr. 5 zu § 275; nicht ausdr.: Larenz I § 12 III;

8) Erman-Battes § 249 Anm. 12; Larenz I § 11 S. 219

9) Henrich S. 204

sind nicht vorhanden¹⁰⁾.

Rechtsfolge der Unmöglichkeit ist der Wegfall der Leistungspflicht nach § 275 BGB, der keinen Einfluß auf die Rückleistungspflicht hat¹¹⁾. Sie kann jedoch nicht wirksam werden, weil die hierfür erforderliche Bedingung unmöglich geworden ist¹²⁾. Die Zinszahlungspflicht entfällt nach § 323 BGB, da mangels Valutaleistung auch die Belassungspflicht unmöglich geworden ist, es sei denn, die Voraussetzungen der §§ 324, 325 BGB liegen vor. Dieses Ergebnis kann die Realvertragstheorie nicht erzielen, da mangels Realvertrags der akzessorische Zinsvertrag nicht zustande kommen konnte und ein Gegenseitigkeitsverhältnis nicht vorhanden ist¹³⁾.

Hinsichtlich der Unmöglichkeit der Rückleistungspflicht ergeben sich gegenüber der Leistungspflicht keine Besonderheiten.

2. Gefahrtragung, Leistungs- und Erfüllungsort

a. Die Leistungsgefahr

Der Darlehensgeber trägt, legt man die Konsensualvertragstheorie zugrunde, die Leistungsgefahr gemäß § 270 Abs. 1 BGB, d.h. im Zweifel wird das Geld auf Gefahr des Dar-

10) Beim Vorvertrag kann lediglich Unmöglichkeit auch dann vorliegen, wenn der Abschluß des Hauptvertrags unmöglich wird, nicht nur bei Untergang der Valuta.

11) nimmt man allerdings, wie Lübbert (IhJB. 52, 356-361, in diesem Verhältnis ein Synallagma an, so kommen die §§ 323 ff. BGB zur Anwendung

12) Nach der herkömmlich vertretenen Konsensualtheorie kann sie nicht "aktuell" werden, nach der Realvertragstheorie mangels Realvertrags nicht entstehen.

13) Der Darlehensnehmer kann nach § 280 I BGB vorgehen. Trifft dagegen den Darlehensnehmer ein Verschulden, so verbleibt dem Darlehensgeber allenfalls ein Anspruch aus culpa in contrahendo. Lübbert (IhJB. 52, 352/53) konstruiert zwar einen gegenseitigen Vorvertrag, der die Zinspflicht enthält. Diese Auffassung ist jedoch nicht mit dem Vorvertragsbegriff vereinbar, weil der Vorvertrag bereits endgültige Pflichten enthält und insoweit schon den Hauptvertrag darstellt.

lehensgebers versandt¹⁴⁾. Allerdings läßt § 270 I BGB als bloße Auslegungsregel¹⁵⁾ anderweitige Regelungsmöglichkeiten offen. Seine Anwendung ist aber im Grundsatz gerecht und steht im Einklang mit der hier vertretenen Bedingungs-
lösung. Zweck des Darlehens ist nämlich die Kapitalnutzung. Infolgedessen soll den Kapitalnehmer nicht schon während des Leistungsvorgangs die Sachgefahr treffen, ohne daß er jemals die Nutzungsmöglichkeit hatte. § 270 I BGB kommt auch dem Wortlaut des § 607 I BGB entgegen, wonach nur derjenige zurückleisten soll, der das Darlehen empfangen hat¹⁶⁾.

Auf das Sachdarlehen, sowie den Vorvertrag, der keine reine Geldleistungspflicht enthält, findet § 269 I BGB Anwendung mit der Folge, daß der Darlehensnehmer die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt. Für diesen Fall muß der Rückleistungsanspruch aus § 607 I BGB in Zusammenhang mit § 269 I BGB gesehen werden; denn der Darlehensnehmer ist dann zur Rückleistung verpflichtet, ohne die Valuta erhalten zu haben. Sofern es sich um einen Konsensualvertrag handelt, wird die von den Parteen vereinbarte Bedingung für die Wirksamkeit der Rückleistungspflicht durch die gesetzliche Gefahrtragungsregel überlagert. Die Bedingung ist als eingetreten anzusehen, denn mit der Konkretisierung der Sachgefahr wird die Leistungspflicht "wie erfüllt" behandelt. Es handelt sich hierbei nicht um eine darlehensspezifische Problematik, sondern nur allgemein um die Auswirkungen des Gefahrübergangs.

14) Erman-Wagner § 607 Anm. 7; Gentz S. 17, 18; Heidbrink S. 34; Hohenstein S. 107; Hilbert S. 41; Kohler Arch. BürgR. 2, 231; 33, 20; Ludwig S. 26, 27; Lübbert IJb. 52, 384, 387-390; Meyer S. 24; Neumann-Duesberg NJW 70, 1405; Scheidwimmer S. 63

15) Larenz I § 17 IV

16) Eine Analogie zu § 447 BGB (Scheidwimmer S. 81) scheidet aus, weil die Voraussetzungen der Analogie mangels Regelungslücke im Gesetz nicht erfüllt sind.

Diese Konsequenz ist, übertragen auf den Vorvertrag nach der Realvertragstheorie, deshalb besonders weitreichend, weil der Darlehensnehmer zur Rückleistung aus § 607 I (!!) BGB verpflichtet ist, obwohl über die Rückleistungspflicht mangels Realvertrags noch keine Einigung erzielt wurde. Über die Aktualisierung der Gefahr muß praktisch ein Vertrag fingiert werden, was dogmatisch Bedenken hervorruft¹⁷⁾.

b. Die Gegenleistungsgefahr

Ob der Darlehensnehmer im Fall der Aktualisierung der Gefahr auch die Zinsen zu leisten hat, d. h., die Gegenleistungsgefahr trägt, ist damit noch nicht beantwortet. Jedenfalls trägt er sie im Fall des § 300 II BGB.

Um die Frage der Gegenleistungsgefahr in anderen Fällen befriedigend beantworten zu können, ist es erneut erforderlich, auf die beiden Leistungsebenen des Darlehensvertrags zurückzugreifen; sie bestehen in der einmaligen Geldzahlung und der dauernden Geldbelassung. Darüberhinaus handelt es sich um einen "Vertrag auf Rückgabe", so daß endgültige Erfüllung erst nach Rückzahlung des Darlehens besteht. Ganz anders stellt sich der Leistungsaustausch beim Kauf dar, wo lediglich Ware gegen Geld getauscht wird. Hier liegt die Lösung auf der Hand: trägt der Käufer die Sachgefahr, so muß er im Fall des

17) Mattuschka hat deshalb versucht, den Realvertrag im Zeitpunkt der Übergabe der Valuta an die Transportperson entstehen zu lassen (S. 41, 42). Seiner Ansicht nach liegt im Verlangen des Darlehensnehmers nach Übersendung der Valuta eine Blankoermächtigung an die Transportperson, die Valuta für den Empfänger entgegen zu nehmen und gleichzeitig den Realvertrag mit dem Darlehensgeber abzuschließen.

Eine derartige Lösung ist weder interessengerecht noch praktisch zu verwirklichen.

zufälligen Untergangs den Kaufpreis bezahlen, ohne daß ihn § 323 I BGB von dieser Pflicht befreit. Diese Vorschrift greift nämlich nur dann ein, wenn nicht Gefahrtragungsregeln das Fortbestehen der Pflicht anordnen¹⁸⁾.

Beim Darlehen besteht jedoch hinsichtlich der Sachgefahr nicht dieses Gegenseitigkeitsverhältnis. Ihre Aktualisierung führt vielmehr zur Restitutionspflicht, ohne daß der Kapitalnehmer etwas empfangen hat. Würde man ihm auch die mit der Sachgefahr verbundene "Belassungsgefahr" auferlegen, so käme das nahezu den Konsequenzen aus § 324 I BGB gleich, denn dann müßte er zusätzlich Zinsen zahlen, ohne das Kapital genutzt zu haben und dies, obwohl ihn kein Verschulden trifft.

In einem solchen Fall liegt es nahe, ein außerordentliches Kündigungsrecht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einzuräumen, mit der Folge, daß lediglich Verzugszinsen hinsichtlich der Rückleistungspflicht anfallen können.

Am interessengerechtesten dürfte jedoch die Anwendung von § 323 I BGB sein.

In Literatur und Rechtsprechung finden sich keine Stellungnahmen zu dieser Frage. Zwar wird zwischen Leistungs- und Belassungspflicht unterschieden, nicht jedoch zwischen Leistungs- und Belassungsgefahr, was für das Fortbestehen der Zinsverpflichtung von außerordentlich wichtiger Bedeutung ist¹⁹⁾.

18) Palandt-Heinrichs § 323 Anm. 1

19) s. Note 67 S. 25

M.E. fällt die Zinspflicht, sofern keine der Parteien ein Verschulden an der Unmöglichkeit der Leistung trifft, ipso jure nach § 323 I BGB weg, ohne daß es irgendeines Rechtsakts seitens des Darlehensnehmers bedürfte. Dies folgt zum einen aus dem zwischen Belassungs- und Zinspflicht bestehenden Synallagma, zum anderen aus Gefahrtragungsgesichtspunkten.

Der Darlehensvertrag muß m.E. so ausgelegt werden, daß der Darlehensgeber nicht nur gem. § 270 I BGB die Leistungs-, sondern auch die Belassungsgefahr trägt, womit die Zinsgefahr in seinen Risikobereich fällt. Denn nach § 323 I BGB entfällt die Pflicht, Zinsen zu zahlen, wenn die Belassung unmöglich geworden ist. Das ist aber immer dann der Fall, wenn die Leistung selbst unmöglich wurde.

Diese Auslegung erscheint deshalb zulässig und auch interessengerecht, weil die Belassung die unmittelbare Folge der Leistung ist und daher unterschiedliche Gefahrtragungsregeln unverständlich wären. Sofern jedoch der Darlehensnehmer ausnahmsweise nach § 269 I BGB die Leistungsgefahr trägt, muß ein außerordentliches Kündigungsrecht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erwogen werden, da die Parteien bei der Vereinbarung der Zinspflicht davon ausgingen, daß es tatsächlich zu einer Kapitalnutzung kommen würde, die den Darlehensnehmer in den Stand versetzt, die Zinsen leisten zu können. Ohne eine solche Kündigungsmöglichkeit müßte der Darlehensnehmer sowohl die valuta zurückleisten, ohne sie erhalten zu haben, als auch Zinsen für eine möglicherweise lange Zeit zahlen. Diese Rechtsfolgen gehen weit über das hinaus, was normalerweise an Gefahrtragung in gegenseitigen Verträgen auf eine Partei zukommt.

Beim Kauf beispielsweise hat der Käufer lediglich den Kaufpreis zu bezahlen, was, übertragen auf das Darlehen, der Rückleistung der Valuta entspricht. Beim Kauf besteht also eine enge Leistungsverknüpfung durch den Leistungsaustausch, die sich auch auf das entstehende Rückgewährschuldverhältnis auswirkt^{19a)}. Auch hier bleibt nämlich die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen erhalten, was bezüglich der auszugleichenden Differenz, speziell deren Höhe und Umfang, wichtig ist (faktisches Synallagma)^{19 b)}. So liegt es im Fall der Zinsleistung beim Darlehen nicht. Zu einem Leistungsaustausch in diesem Verhältnis kommt es gar nicht, wenn die Valutaleistung selbst nicht erfolgte, so daß vorgeschaltet nur die Frage von Bedeutung ist, welche Partei mit welchen Rechtsfolgen von der Zinsleistungspflicht freikommt.

Ferner muß bemerkt werden, daß der Darlehensgeber über Gebühr begünstigt würde, wenn man dem Darlehensnehmer die Belassungsgefahr auferlegte. Denn er kann sich das entgangene Nutzungsentgelt durch Weiterverleihung der Valuta beschaffen. Eine Verzinsung des Rückleistungsanspruchs reicht insoweit aus, da dieser sofort fällig und erfüllbar ist, denn die Belassungspflicht und damit das Dauer-schuldverhältnis besteht mangels Unmöglichkeit nicht mehr, § 275 BGB.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß Leistungs- und Belassungsgefahr jeweils zusammenfallen, was grundsätzlich dazu führt, daß der Kapitalgeber die Gegenleistungsgefahr trägt. Trägt sie ausnahmsweise der Darlehensnehmer, so steht ihm aus den oben genannten Gründen ein außerordentliches Kündigungsrecht des Darlehensvertrags zu.

19a) Leser S. 111, 112

19b) Leser S. 111, 112

3. Der Verzug

a. Der Verzug des Darlehensgebers mit der Valutaleistung

Der Darlehensgeber gerät mit der aus dem konsensualen Darlehensvertrag entstehenden Leistungspflicht unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB in Verzug. Verbunden damit ist der Verzug mit der Valutabelassungspflicht, die zur Zinspflicht im Synallagma steht, weshalb § 326 BGB anwendbar ist. An dem Charakter der Belassungspflicht als einer Hauptpflicht i.S. von § 326 BGB ist nicht zu zweifeln, weil sie überhaupt erst die wirtschaftliche Zweckerreichung ermöglicht. Auf diese Weise kann sich der Darlehensnehmer schnell vom Vertrag lösen.

Diese Rechte gewährt die Realvertragstheorie nicht. Denn ein Vorvertrag ist nur dann synallagmatisch, wenn man ihn als "Klammervertrag" nach dem Vorschlag Lübberts²⁰⁾ konzipiert, was bereits oben aus rechtlichen Gründen abgelehnt wurde und von keinem Vertreter der Realvertragstheorie erwogen wird. Erfüllt demnach der Darlehensgeber seine Pflicht aus dem Vorvertrag nicht und kommt in Verzug, so verbleiben dem Darlehensnehmer die Rechte aus § 286 I, II BGB, so daß er nur unter der schwer nachweisbaren Voraussetzung des Interessewegfalls zurücktreten kann; hierbei hat er den Nachweis zu führen, daß der Vertragszweck infolge des Verzugs nicht mehr erreichbar ist²¹⁾, was wegen seines Kapitalbedürfnisses kaum gelingen dürfte. Der Darlehensnehmer ist daher im Regelfall zur Klage gezwungen, was die oben dargestellten Probleme bezüglich des Klageantrags und der Zwangsvollstreckung mit sich bringt.

20) IhJB. 52, 352

21) Staudinger-Kaduk § 286 Anm. 26

Diese Konsequenzen sind angesichts des momentanen Kapitalbedürfnisses des Darlehensnehmers unvertretbar²²⁾. Blum hat zur Umgehung der Schwierigkeiten einen Vorvertrag konstruiert, der ein Synallagma von Leistungs- und Annahmepflicht enthält²³⁾. Diese Auffassung läßt sich m.E. nicht halten.

b. Der Annahmeverzug des Darlehensnehmers, §§ 293 ff. BGB

Sofern der Darlehensnehmer in Annahmeverzug kommt, was tatsächlich praktisch relevant werden kann, wie das Urteil des BGH vom 30.10.1961²⁴⁾ ausweist, geht das Interesse des Kapitalgebers dahin, gleichwohl die geschuldeten Zinsen zu erhalten.

22) Daß diese Lösung praxisfremd ist erkennt auch Blaß als Vertreter der Realvertragstheorie an, 60 ff.

23) aaO. S. 47, 48; ebenso Blaß S. 61; vgl. sogar BGH DNotZ 63, 37: "Ob ein Darlehensnehmer als Gegenleistung zu einem Darlehensversprechen die Verpflichtung zur Abnahme des Geldes übernommen hat, hängt vom Einzelfall ab."

Blum führt im einzelnen aus, der Darlehensgeber sei zur Vorleistung(=Valutaleistung) gegen sofortige Nachleistung Zug um Zug verpflichtet, die in der Mitwirkung am Vertragsschluß bestehe. Beide Leistungen sähen die Parteien als äquivalent an, weshalb § 326 BGB auf den Vorvertrag anwendbar sei. Für den Vorvertrag ohne Annahmepflicht wendet Blum (1912 S. 51) dagegen nur § 286 II BGB an, da § 326 BGB dem Nehmer zu viele Rechte gewähre, obwohl er keine Pflichten habe.

Folge dieser Auffassung ist die Aushöhlung des Begriffs "Synallagma", denn man muß es als verfehlt bezeichnen, in diesem Verhältnis einen echten Leistungsaustausch zu sehen. Desgleichen erscheint es dogmatisch nicht haltbar, die Anwendung des § 326 BGB aus den genannten Gründen abzulehnen.

24) BGB DNotZ 63, 35 ff.

(I) Annahmeverzug im Rahmen des Konsensualvertrags

Der Annahmeverzug tritt ohne Rücksicht auf Verschulden oder die Existenz einer Annahmepflicht ein²⁵⁾, sobald die Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB erfüllt sind. Das Bestehen einer Annahmepflicht löst gleichzeitig bei schuldhafter Nichtannahme den Schuldnerverzug aus, §§ 284 ff. BGB. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß deswegen § 326 BGB Anwendung findet, denn es besteht kein Synallagma zwischen Leistung und Annahme. Außerdem ist die Annahmepflicht auch keine Hauptpflicht i.S. von § 326 BGB. Deshalb verbleibt es für die Lösung vom Vertrag insoweit bei der Anwendung von § 286 II BGB, der im Gegensatz zu § 326 BGB Interessewegfall voraussetzt²⁶⁾.

(1) Der Zinsanspruch bei Eintritt der Unmöglichkeit während des Annahmeverzuges

Geht die Valutaleistung während des Annahmeverzugs des Darlehensnehmers verloren, so tritt an die Stelle der Gefahrtragungsregel des § 270 I BGB der § 300 II BGB²⁷⁾. Es besteht dann praktisch die Regelung des § 269 I BGB, d.h. der Rückforderungsanspruch aus § 607 I BGB entsteht auch ohne die tatsächlich erlangte Leistung. Lübbert²⁸⁾ dagegen wendet auf den Rückleistungsanspruch § 324 I BGB an, da er zwischen Hin- und Rückleistung ein Synallagma annimmt. Jedenfalls ist der Darlehensnehmer zur Rückleistung verpflichtet, auch wenn er die Valuta nicht empfangen hat. Die Bedingung für die Wirksamkeit der Rückleistungspflicht nach der hier vertretenen Auffassung muß aus gesetzlichen Gefahrtragungsgesichtspunkten als

25) Erman-Battes Bem. 2, 19 vor § 293; Larenz I § 25 I S. 280; Palandt-Heinrichs § 293 Anm. 5

26) zum Charakter der Annahmepflicht als bloße Nebenpflicht statt vieler: Erman-Battes § 326 Anm. 15

27) Neumann-Duesberg NJW 70, 1404 will dagegen § 300 II nur analog anwenden, da eine Geldschuld keine Gattungsschuld ist.

28) IJb. 52, 385

eingetreten angesehen werden (vgl. oben zur Gefahrtragung allgemein S.117).

An gleicher Stelle waren grundsätzliche Erläuterungen zur Gegenleistungsgefahr gegeben worden. Kam es dort darauf an, wer die Leistungs- und Gegenleistungsgefahr von Anfang an trägt, so kommt es hier darauf an, ob ein Übergang der Leistungsgefahr auch zum Übergang der Gegenleistungsgefahr führt; auf die weitreichenden Konsequenzen wurde bereits hingewiesen und es soll nochmals wiederholt werden, daß hier ein spezielles Darlehensproblem gegenüber anderen gegenseitigen Verträgen vorliegt, die lediglich auf den Leistungsaustausch, nicht jedoch zusätzlich auf Rückgabe gerichtet sind.

M.E. nach ist es nicht interessengerecht, einen Übergang der Gegenleistungsgefahr anzunehmen. Vielmehr wird mit der Unmöglichkeit der Leistung auch die Belassung nach § 275 BGB unmöglich, so daß die Zinsleistungspflicht nach § 323 BGB entfällt, sofern keine Partei an der Unmöglichkeit ein Verschulden trifft. Diese Sicht folgt aus dem Darlehenszweck, der in der Verschaffung nutzbaren Kapitals liegt. Nimmt der Darlehensnehmer aufgrund seines Verzugs das Geld nicht an, so muß er dem Darlehensgeber Ersatz leisten, wenn es verlorenggeht. Da er aber zur Nutzung noch gar keine Möglichkeit hatte, wäre eine Überbürdung der Gegenleistungsgefahr nicht angemessen, zumal der Darlehensgeber das Kapital sofort zurückerhalten und weiterverleihen kann, weil die Belassungspflicht und damit das Dauerschuldverhältnis aufgrund der Unmöglichkeit nicht mehr besteht.

Sofern der Darlehensnehmer allerdings ausnahmsweise die Belassungs- und daher auch die Gegenleistungsgefahr trägt (s. oben S.120 , 121) handelt es sich nicht um eine Frage des Gefahrübergangs. Es gilt das dort Gesagte.

Der Darlehensnehmer ist allerdings auch bei der genannten Gefahrverteilung gem. § 324 BGB zur Zinsleistung verpflichtet, wenn ihn an der Unmöglichkeit ein Verschulden trifft.

(2) Der Rücktritt des Darlehensgebers vom Vertrag

Aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Belassung und Zins folgt, daß der Darlehensgeber nach § 326 BGB vom Vertrag zurücktreten kann. Denn mit dem Annahmeverzug gerät der Darlehensnehmer regelmäßig in Zinsverzug (hier muß allerdings Verschulden vorliegen, da es sich insoweit um einen Schuldnerverzug handelt), denn es ist davon auszugehen, daß derjenige, der ein Darlehen nicht abnimmt, erst recht keine Zinsen bezahlt. Der Kapitalgeber kann daher nach § 326 I 2 BGB vom Darlehensvertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Nach der Differenztheorie kann er nach Wegfall der Zinspflicht dann den entgangenen Zins verlangen. Dieser Anspruch ist indessen der Höhe nach nicht unbeschränkt, weil den Darlehensgeber die Schadensminderungspflicht trifft, so daß er das nichtangenommene Kapital möglichst rasch weiterverleihen muß.

(3) Vertragsdurchführung trotz Annahmeverzugs

Die nunmehr erörterte Fallkonstellation ist nahezu theoretisch, da sich der Darlehensgeber im Regelfall auf die Geltendmachung seines Schadens beschränken wird. Es sind jedoch Fälle mit Währungsbesonderheiten denkbar, in denen der Darlehensgeber durchaus ein Interesse an der Durchführung des Vertrags zu einem bestimmten Zeitpunkt hat. Daher soll der Vollständigkeit halber hierauf eingegangen werden.

Sofern also der Geber an der Durchführung des Vertrags festhalten will, kann er die Valuta unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegen²⁹⁾. Damit gilt seine Leistungspflicht aus dem Vertrag gemäß der Fiktion in § 378 BGB als erfüllt³⁰⁾. Er kann dann uneingeschränkt auf Leistung der vertraglich vereinbarten Zinsen klagen, wobei ihm die Einrede des § 320 BGB nicht entgegengehalten werden kann.

Gewisse Bedenken ergeben sich mit Rücksicht auf den hier vertretenen Bedingungszusammenhang unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorschriften der Hinto. Denn durch die Hinterlegung erlangt der Darlehensnehmer kein nutzbares Kapital, so daß sich Zweifel an der wirksamen Entstehung der Rückleistungspflicht ergeben können. Diese sind jedoch nicht durchschlagend³¹⁾.

Nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit kann er daher den Darlehensnehmer auf Rückleistung in Anspruch nehmen, ohne sich an die Hinterlegungsstelle wenden zu müssen, wenn die Valuta bis zu diesem Zeitpunkt nicht abgeholt sein sollte. Sofern allerdings die Vollstreckung des Titels, der die Rückleistung der Valuta ausspricht, beim Darlehensnehmer

29) Hilbert S. 45; Reichel LZ 15, 1207; im Anschluß daran Glaub S. 39

30) Palandt-Heinrichs Bem 3 c vor § 372; § 378 Anm. 1

31) Die Hinterlegung führt nicht zu einer dinglichen Rechtsstellung des Darlehensnehmers (Note 29). Das Eigentum an dem hinterlegten Gegenstand geht vielmehr gem. § 7 Hinto auf den Fiskus über. Wenn aber der Darlehensgeber auf die Rücknahme verzichtet, kann er gem. § 382 BGB grundsätzlich das Geld erst nach 30 Jahren zurückerlangen, weil dann das Recht des Darlehensnehmers gegen die Hinterlegungsstelle erlischt.

Da die Hinterlegung jedoch Erfüllungssurrogat ist, muß die vereinbarte Bedingung für die Wirksamkeit des Rückleistungsanspruchs als eingetreten angesehen werden; denn für Fälle dieser Art wurden Erfüllungssurrogate geschaffen, die der Erfüllung in ihrer Wirkung gleichstehen. Wenn § 378 BGB die Erfüllung der Leistungspflicht fingiert, muß folgerichtig auch die Bedingung als eingetreten fingiert werden.

erfolglos ist, kann der Darlehensgeber mit dem Urteil gemäß § 13 I Ziff. 2 HintO den hinterlegten Betrag wiedererlangen.

(II) Der Annahmeverzug im Rahmen des Realvertrags

Der Annahmeverzug bedeutet hier nicht lediglich die Nichtannahme des Geldes, sondern darüber hinaus die Weigerung, einen Realvertrag abzuschließen.

(1) Der Zinsanspruch bei Eintritt der Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs

Tritt während des Annahmeverzugs Unmöglichkeit der Leistung ein, so kommt es nicht zu einem Gefahrübergang, denn der Darlehensnehmer trägt sie gem. § 269 I BGB unter Zugrundelegung des Vorvertrags ohnehin (s. oben S. 117, ff). Eine Zinsleistungspflicht kann dagegen nicht entstehen, weil der Realvertrag mangels Valutaleistung nicht abgeschlossen werden und daher der akzessorische Zinsvertrag nicht zur Wirksamkeit gelangen kann. Aber auch wenn man den Realvertrag, entgegen der hM innerhalb dieser Theorie als gegenseitigen Vertrag ansieht³²⁾, besteht keine Zinsleistungspflicht, da dieser Vertrag aufgrund der Unmöglichkeit nicht entstehen kann. Der Darlehensgeber kann allenfalls Ansprüche aus pVV des Vorvertrags, bzw. c.i.c. im Hinblick auf den Realvertrag geltend machen.

(2) Der Rücktritt des Darlehensgebers

Ein Rücktrittsrecht des Darlehensgebers nach § 326 BGB kann aus dem Vorvertrag nicht entstehen, weil er nicht synallagmatisch ist. Der Darlehensgeber kann nur nach § 286 II BGB vom Vertrag zurücktreten, weil der Nehmer

32) Cosack S. 575; vgl. Gernhuber JZ 59, 314; Genzmer ACP 137, 194; RGZ 161, 52

auch im Zinsleistungs- und daher im Schuldnerverzug ist. Er hat daher den schwierigen Nachweis zu erbringen, daß er an der Durchführung des Geschäfts keinerlei Interesse mehr hat, was insbesondere dann schwierig sein wird, wenn er gewerbsmäßig Kreditgeschäfte tätigt. Die Realvertragstheorie ist demnach völlig unpraktikabel, da sie den Darlehensgeber u.U. an der Durchführung eines Vertrags festhalten muß, obwohl sich die andere Partei weigert, die ihr obliegenden Mitwirkungshandlungen vorzunehmen. Es ist allerdings ein Rücktrittsrecht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu erwägen, weil der Darlehensgeber davon ausging, daß der Nehmer die Valuta annimmt.

Der Bundesgerichtshof hat sich, ebenfalls auf dem Boden der Realvertragstheorie, auf einen anderen Standpunkt gestellt und § 326 BGB für anwendbar erklärt³³⁾. Er hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Die Klägerin war ein Kreditinstitut. Sie erklärte sich bereit, dem Beklagten ein mit 8 1/2 % verzinsliches Darlehen in Höhe von 40.000,-- DM gegen hypothekarische Sicherheit zu gewähren. Dieses Angebot nahm der Beklagte an. Es kam jedoch nicht zur Errichtung der notariellen Schuldurkunde. Die Klägerin setzte dem Beklagten zweimal eine Frist zur Abnahme des Darlehens. Nach deren Ablauf verlangte sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Abnahmeverpflichtung.

Der BGH bejahte den Anspruch, insbesondere bejahte er auch die Anwendung von § 326 BGB im Rahmen des Vorvertrags. Er wertete die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung als einen Darlehensvorvertrag, im Rahmen

33) BGH DNotZ 63, 35 ff.

dessen für den Beklagten eine Pflicht zur Abnahme des Darlehens vereinbart worden sei³⁴⁾. Er führte aus, eine solche Abnahmepflicht bestehe zumindest dann, wenn eine entgeltliche Darlehenshingabe als Kapitalanlage vorliege, was insbesondere dann der Fall sei, wenn Grundstücke durch Geldinstitute beliehen würden. Bei dieser Fallgestaltung komme regelmäßig ein gegenseitiger Vertrag zustande³⁵⁾. Mit der Abnahmepflicht sei der Beklagte in Verzug gekommen, so daß die Klägerin gemäß § 326 BGB Schadensersatz verlangen könne³⁶⁾.

Die Tragweite des Urteils liegt darin, daß der Bundesgerichtshof § 326 BGB angewendet hat, ohne präzise zu sagen, in welchem Pflichtenverhältnis ein Synallagma besteht. Es kann lediglich vermutet werden, daß er ein solches im Verhältnis der Pflicht zum Abschluß eines Darlehensvertrages und der Abnahmepflicht gesehen hat. Ein solches Synallagma besteht indessen nicht.

Im konsensualen Darlehensvertrag besteht zwischen Leistung und Wirksamkeit der Rückleistungspflicht ein Bedingungszusammenhang. Zwischen Belassung und Zinsleistung besteht dagegen ein Synallagma, da der Darlehensgeber das Kapital nur deswegen beläßt, damit er ein Entgelt hierfür erhält (sog. funktionelles Synallagma). Er leistet und beläßt das Darlehen jedoch nicht deswegen, damit der Nehmer es annimmt.

Im Darlehensvorvertrag, den der BGH zugrunde legt, gibt es, wie bereits mehrfach erörtert, keinerlei Synallagma. Denn der Vorvertrag erzeugt grundsätzlich nur die Pflicht zum Abschluß des Hauptvertrags (d.h. des Realvertrags).

34) aaO. S. 37

35) aaO. S. 37 m.w.N.

36) aaO. S. 39

Diese Pflicht wiederum ist der Darlehensgeber nicht deswegen eingegangen, weil und damit der Nehmer die Valuta annimmt, sondern vielmehr deshalb, damit er letzten Endes Zinsen erhält.

Wenn der BGH jedoch das Gegenseitigkeitsverhältnis deshalb bejaht, weil ein Kapitalanlagegeschäft vorliegt, so kann er die Entscheidung nicht damit begründen, daß Verzug mit der Annahmepflicht vorliege. Zur Gegenseitigkeit dieser Geschäfte wurde bereits oben (S. 93 ff) ablehnend Stellung genommen.

Selbst wenn man aber ein Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistungs- und Abnahmepflicht bejahte, stieße die Anwendung von § 326 BGB auf die Schwierigkeit, daß die Abnahmepflicht aus dem Darlehensvertrag keine Hauptleistungspflicht ist, was § 326 BGB zwingend voraussetzt^{34a)}. Denn sie hat nicht eine ähnlich ~~sub~~stanzielle Bedeutung wie die Abnahmepflicht des Käufers aus § 433 II BGB, der den Verkäufer von der Last weiterer Verwahrung, Lagerung, Frischhaltung usw. befreien muß.

Die Entscheidung, die dem Darlehensgeber auf der Basis der Realvertragstheorie die Rechte aus § 326 BGB zugänglich machen sollte, ist daher nicht überzeugend. Als Ergebnis der hier vertretenen Auffassung kann festgehalten werden, daß es der Konstruktion des BGH nicht bedarf. Denn sieht man die Leistungspflicht als bedingt durch die Leistung der Sicherheit an (oben S. 94 ff) so fällt die Bedingung, sofern die Sicherheit nicht geleistet wird, aus. Demnach bedarf es keines Rücktritts. Mögliche Schadensersatzansprüche des Darlehensgebers werden aber die pVV (Erfüllungsweigerung) in ausreichendem Maß zufrieden gestellt.

34a) Palandt-Heinrichs § 326 Anm. 3 b (absolut hM)

(3) Vertragsdurchführung trotz Annahmeverzugs

Wie bereits erwähnt wird der Darlehensgeber zur ausnahmsweise auf einer Vertragsdurchführung bestehen wollen. Der Weg der Hinterlegung ist ihm allerdings abgeschnitten, da dem Vorvertrag keine Geld-, Sach- oder Wertpapierschuld entspringt, was Voraussetzung der Hinterlegung ist (§ 372 BGB). Der Darlehensgeber ist daher auf den Klageweg angewiesen. Auch insoweit bleibt auf die Antrags- und Vollstreckungsschwierigkeiten hinzuweisen^{35a)}.

c. Der Zinsverzug

Bei der nunmehr zu erörternden Frage handelt es sich um eine praktisch sehr wesentliche Leistungsstörung, bezüglich deren auch im Rahmen der Theorien keine Einigkeit besteht. Im Rahmen der Realvertragstheorie ist es von entscheidender Bedeutung, ob man den Realvertrag als einen gegenseitigen zuläßt^{36a)} oder nicht³⁷⁾. Im letzten Fall kann sich der Darlehensgeber nicht vom Vertrag lösen³⁸⁾, es sei denn durch ein vorzeitiges, stillschweigend vereinbartes außerordentliches Kündigungsrecht³⁹⁾, das das

35a) eine gem. § 888 ZPO erzwungene Annahme der Valuta (Blum 1912, S. 55) ist rechtlich nicht möglich und lebensfremd.

36a) Cosack S. 575; Fikentscher § 77 II 1 (uneinheitlich, da er ihn für einseitig hält, bzgl. der Zinsen jedoch die §§ 320 ff BGB anwendet); RGZ 161, 56; Genzmer ACP 137, 194; Gernhuber JZ 59, 194; Mattuschka S. 29

37) Crome System II S. 596; ders. Partiarische S. 368; Blum 1912 S. 21; Endemann I § 184; Enn.-Lehmann § 142 S. 574; Hilbert S. 19; Jacoby IhJB. 60, 235; Leonhard II S. 189; Oertmann Bem. 5 a vor § 607; Planck-Flad Bem. III 1 vor § 607; BGB-RGRK-Wilde Bem. 4 vor § 607; Schönte JW 34, 2745; Schollmeyer S. 88; Warneyer vor § 607

38) z.B. Crome System II S. 596, der ausführt, der Geber handle bei Gewährung eines langfristigen Darlehens auf eigene Gefahr; ebenso: Gierke IhJB. 64, 400

39) Enn.-Lehmann § 143 II 2 b; Erman-Wagner § 609 Anm. 1; Planck-Flad § 609 Anm. 2 c; Soergel-Lippisch § 609 Anm. 9; RG JW 37, 2765

OLG Nürnberg aus §§ 610 iVm. 242 BGB abzuleiten versucht.

Aber auch die Vertreter der Konsensualvertragstheorie beantworten die Frage des Zinsverzuges nicht einheitlich. Sie wenden entweder § 326 BGB an und entnehmen ihm ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Darlehensgebers⁴⁰⁾ oder § 554 BGB analog⁴¹⁾.

Eigene Stellungnahme

Die analoge Anwendung von § 554 BGB bietet gegenüber der Anwendung des § 326 BGB den Vorteil, daß klare Voraussetzungen für die erforderliche Dauer des Verzugs gegeben sind. Sie ist jedoch aus systematischen Gründen nicht vertretbar und entspricht auch nicht einer interessengerechten Regelung der Risikolage beim Darlehen.

Grundvoraussetzung einer Analogie ist das Vorliegen einer Regelungslücke im Gesetz. §§ 607 ff. BGB regeln zwar den Zinsverzug nicht, er ist aber über § 326 BGB erfaßbar. Selbst wenn also der Grundsatz gilt, daß die Spezialnorm der generellen vorgeht (d.h. § 554 dem § 326),⁴²⁾ so ist daraus nicht zu schließen, daß das gleiche auch für die analog angewendete Spezialnorm gegenüber der direkt anwendbaren generellen gilt. Man muß vielmehr schließen, daß mangels einer den Verzug regelnden Norm beim Darlehen die allgemeine Vorschrift Anwendung findet. Eine Regelungslücke besteht daher nicht.

Aber auch die Interessenlage, der § 554 BGB gerecht werden will, ist mit der beim Darlehen nicht vergleichbar,

40) Affolter ArchBürgR. 26,6; Gernhuber JZ 59, 314; Gentz S. 27

41) Glaub S. 38; Hohenstein S. 136; vgl. Lübbert IhJB. 52 392/94; Palandt-Putzo § 609 Anm. 4; Scheidwimmer S. 71 Staudinger-Riedel § 609 Anm. 7

42) vgl. Gierke IhJB. 64, 390; Hohenstein S. 127

so daß auch die zweite Voraussetzung der Analogie nicht gegeben ist.

Die Zerstörung der wirtschaftlichen Vertrauensbasis kann sich beim Darlehen bereits beim einmaligen Verzug mit einer Zinsrate dokumentieren. Dann aber muß es dem Darlehensgeber zugestanden werden, das Kapital so schnell wie möglich abzuziehen, denn nach der Eröffnung des Konkurses hat er nur noch eine Quotenforderung nach § 61 Ziff. 6 KO, im Gegensatz zum Vermieter, der aussondern kann, § 43 KO. Auch § 610 BGB gibt ihm nach erfolgter Leistung keinen Rechtsbehelf mehr⁴³⁾. Daher ist beim Darlehen die sofortige Kündigung interessengerecht und dieses Recht ergibt sich nur aus § 326 BGB. Seine Voraussetzungen sind im Fall des Zinsverzuges erfüllt, denn der Darlehensnehmer befindet sich mit einer Hauptleistungspflicht in Verzug. Zwar sieht § 326 BGB seinem Wortlaut nach nur ein Rücktrittsrecht vor. Der Rücktritt erfolgt jedoch bei Dauerschuldverhältnissen, wie dem Darlehen, durch Kündigung.

Demgegenüber kann der Einwand Hohensteins nicht durchgreifen, wonach § 326 BGB allenfalls in analoger Anwendung zu einer Teilkündigung führen könne⁴⁴⁾. Er begründet seine Auffassung damit, daß § 326 BGB nur dann angewendet werden könne, wenn der Darlehensnehmer mit der gesamten geschuldeten Zinssumme in Verzug sei (Totalität der Leistung). Nur sie sei Gegenleistung für die Belastung. Hohenstein folgert daher, daß der Darlehensgeber auch nur für die Dauer kündigen könne, in der der Darlehensnehmer in Verzug mit der Zinsleistung sei. Eine vollständige Kündigung des gesamten Darlehensvertrags lehnt er mit Rücksicht darauf ab.

43) Gernhuber JZ 59, 314 m.w.N.; Soergel-Lippisch § 610 Anm. 3

44) aaO. S. 126

Hohensteins Auffassung ist deswegen nicht zu halten, weil das Darlehen ein Dauerschuldverhältnis ist. Folglich werden die gegenseitigen Leistungen zeitabschnittsweise geschuldet⁴⁵⁾, sie tragen Fixschuldcharakter, so daß einer vereinbarten Zinsrate ein Abschnitt der Kapitalbelassung entspricht. Da aber die Gesamtsumme des Kapitals für diesen Zeitabschnitt belassen war, muß die Kündigung auch für die Gesamtsumme möglich sein. Auf einer anderen Basis beruht schließlich auch § 554 BGB nicht und aufgrund anderer Überlegungen ließe sich die Unmöglichkeit einer Leistung innerhalb eines Dauerschuldverhältnisses überhaupt nicht bestimmen⁴⁶⁾.

Die von Hohenstein vorgeschlagene Teilkündigung ist praktisch unbrauchbar, denn es ist völlig unverständlich, wie sie realisiert werden soll. Der Darlehensgeber kann immer nur das gesamte Kapital kündigen, denn die gesamte Summe stand für die Zinsrate im Gegenseitigkeitsverhältnis. Andernfalls müßte der Kapitalgeber die Belassung für die Dauer der betreffenden Zinsraten kündigen und dabei erhebt sich die Frage, wie das geschehen soll. Schließlich zeigt sich die Unhaltbarkeit der Auffassung Hohensteins auch beim unbefristeten Darlehen, denn hier sind die "totalen" Leistungen im Zeitpunkt des Verzugs gar nicht bestimmbar, weil man nicht weiß, wie lange das Kreditverhältnis zwischen den Parteien aufrecht erhalten werden wird. Konsequenter müßte Hohenstein dann das Kündigungsrecht ganz ablehnen.

Allerdings kann der Zinsverzug nachweislich auf einer nur vorübergehenden Liquiditätsschwäche des Darlehensnehmers beruhen. Die Ausübung eines sofortigen Kündi-

45) Beuthien aaO. S. 247, 250; Erman-Battes § 275 Anm. 11; Nastelski JuS 62, 294; Palandt-Heinrichs § 275 Anm. 4

46) Larenz I § 19 II, S. 222; Erman-Battes § 275 Anm. 15

gungsrechts nach § 326 BGB kann dann rechtsmißbräuchlich sein, denn es soll in erster Linie dem erhöhten Risiko des Darlehensgebers gerecht werden. Sofern es sich aber nicht erhöht hat, muß im Einzelfall geprüft werden, ob die Anwendung von § 326 BGB gegen Treu und Glauben verstößt. Entsprechende Erwägungen lassen sogar einschlägige Formularverträge zu. Der Zinsverzug ist hier wie folgt geregelt⁴⁷⁾:

Der Darlehensvertrag der Volksbanken bestimmt in § 2, daß sich der Zinssatz während des Verzugs um einen individuell zu vereinbarenden Satz erhöht. Nach § 4 wird das Darlehen ohne Kündigung zur sofortigen Rückzahlung fällig, wenn ein Verzug von mehr als 14 Tagen vorliegt. Der Mustervertrag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes sieht in Ziff. 4 und 8 b identische Regelungen vor, in Ziff. 8 b jedoch mit der Maßgabe, daß der Darlehensgeber das Kapital für sofort fällig und zahlbar erklären kann.

Hierbei wird deutlich, daß beide Formularverträge eine Einschränkung der Rückforderung nach Treu und Glauben zulassen; denn sie bestimmen in erster Linie eine Zinserhöhung im Verzugsfall und halten lediglich in zweiter Linie ein sofortiges Rückforderungsrecht offen. Der Vertrag der Volksbanken geht in dieser Hinsicht weiter, als der der Sparkassen, denn er enthält eine auflösend bedingte Belassungspflicht, die eine Kündigung des Darlehens entbehrlich macht. Hiergegen erheben sich keine Bedenken.

4. Gewährleistung

a. Sachmängel

Für das verzinsliche, konsensuale Sachdarlehen gelten über

47) Exemplarisch werden die Verträge der Volksbanken und des Sparkassen- und Giroverbandes erwähnt.

§ 493 BGB die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB, 440 BGB⁴⁸⁾. Auch die Vertreter der Realvertragstheorie wenden § 493 BGB an⁴⁹⁾. Dies stößt jedoch auf Bedenken, weil der Vorvertrag kein entgeltlicher Vertrag ist. Denn er kann die endgültige Zinspflicht noch nicht enthalten, weil diese in dem akzessorischen Zinsvertrag angesiedelt ist. Dem Realvertrag selbst, sofern man ihn für entgeltlich hält, können Gewährleistungsrechte nicht entspringen, da er keine Leistungspflicht und daher auch keine Sekundärebene enthält⁵⁰⁾.

Eindeutige Ergebnisse liefert also hier nur die Konsensualvertragstheorie.

b. Rechtsmängelhaftung, Nichterfüllung

Über § 493 BGB finden auch die Vorschriften über die Eviktionshaftung, §§ 440 II-IV BGB Anwendung. Die Unterschiede zur Realvertragstheorie sind die gleichen, wenngleich sie nicht wesentlich sind⁵¹⁾.

In diesem Zusammenhang bleibt in Kürze auf ein Rückleistungsproblem hinzuweisen, das entsteht, wenn bei Barübergabe der Valuta an einen Unbefugten geleistet wird.

48) Eine analoge Anwendung von § 538 BGB (Hohenstein S.88) ist nicht erforderlich, denn es besteht weder eine Regelungslücke im Gesetz, noch trifft der Normzweck der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschrift die Interessen des Darlehensnehmers. Der Mieter möchte möglichst im Besitz der Mietsache bleiben, während der Darlehensnehmer die Valuta verbrauchen will und daher auf mangelfreie Sachen und nicht auf nachgebesserte angewiesen ist.

49) BGB-RGRK-Kuhn § 493 Anm. 1; Crome, System II S.597, Anm. 28; Schollmeyer S. 89

50) Mit Rücksicht darauf wenden offenbar andere Autoren lediglich die Schadensersatznorm des § 280 BGB an: Oertmann Bem. 4 vor § 607; Planck-Flad § 607 Anm.5 b

51) vgl. Hohenstein S. 88

Hierbei handelt es sich um ein Zurechnungsproblem, inwieweit sich der Darlehensnehmer das Handeln dieses Dritten entsprechend den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zurechnen lassen muß. Im Fall der Zurechnung ist die Bedingung nach Rechtsscheingrundsätzen als eingetreten anzusehen⁵²⁾.

5. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage; das Verhältnis von § 321 zu § 610 BGB

Der aus einem gegenseitigen Vertrag Vorleistungspflichtige hat nach § 321 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Vertragspartners verschlechtert haben. Es besteht solange, bis dieser ausreichende Sicherheiten geleistet hat.

Eine derartige Regelung reicht für das Darlehen nicht aus. Denn im Fall einer Vermögensverschlechterung besteht das Vertrauen des Darlehensnehmers, er werde in Zukunft seinen Rückleistungsanspruch realisieren können, in der Regel nicht mehr, d.h., die Kreditgrundlage ist entfallen. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wie sie § 321 BGB vorsieht, führt im Falle des Darlehens nicht weiter, weil im Zuge des Darlehensvertrags regelmäßig bereits Sicherheiten zu leisten sind, d.h. auch bei ungestörter Durchführung des Vertrags. Es dürfte daher ein Darlehensnehmer, dessen Vermögenslage sich verschlechtert hat, kaum im Stande sein, zusätzliche Sicherheiten an den Darlehensgeber zu leisten. Demnach würde eine Übersicherung, die das erhöhte Risiko der Vermögensverschlechterung für den Darlehensgeber ausgleicht, häufig nicht realisierbar sein.

52) Neumann-Duesberg BB 1966, 308 lehnt eine Haftung des Darlehensnehmers für den unbefugten Hypothekenbriefüberbringer ab, ebenso einen Anspruch des Gebers gegen den Nehmer aus pVV. iVm. § 278 BGB

Infolgedessen ist dem Kapitalgeber nur mit dem in § 610 BGB vorgesehenen Widerrufsrecht geholfen⁵³⁾. Durch den Widerruf erlischt die Leistungspflicht⁵⁴⁾. Eine Anwendung des § 321 BGB auf das konsensuale Darlehen, des § 610 BGB aber auf den Vorvertrag nach der Realvertragstheorie, wie sie in der Literatur vorgeschlagen wird, ist nicht begründbar⁵⁵⁾. Man kann allenfalls sagen, daß der umfassendere Tatbestand des § 610 BGB die Rechte aus § 321 BGB mit einschließt⁵⁶⁾. Das Risiko des Darlehensgebers ist dagegen gleich groß. Ganz gleich, ob ein Vorvertrag besteht oder eine konsensuale Leistungspflicht, so daß die Differenzierung unangemessen ist. Alle Kreditzusagen stehen, ihrer Natur nach zumindest, unter der *clausula rebus sic stantibus*⁵⁷⁾.

Sobald das Darlehen aber hingegeben worden ist, kann § 610 BGB keine Anwendung mehr finden⁵⁸⁾. Eine andere Auffassung hat aber das OLG Nürnberg in seinem Urteil vom 20. November 1958⁵⁹⁾ vertreten. In der Entscheidung, deren Tatbestand nicht wiedergegeben ist, führt das OLG aus, der zwischen den Parteien abgeschlossene Darlehensvertrag bestimme, daß und inwieweit das Darlehen zu verzinsen sei, nicht jedoch, was geschehen solle, sofern der Beklagte seiner Pflicht nicht nachkomme. Für diesen Fall sei ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht vorgesehen. Der Weg zur Lösung sei daher über § 242, 157

53) Die Bemerkung Blums (1912) S. 43, wonach wirtschaftlich zwischen § 321 und § 610 kein Unterschied besteht, geht an den Tatsachen vorbei, insbesondere wenn man bedenkt, daß der Geber nach § 321 am Vertrag festgehalten wird.

54) statt vieler: Erman-Battes § 321 Anm. 9, 10

55) so Schäfer S. 51; Lübbert *IhJB.* 52, 373 will beide nebeneinander anwenden

56) Staudinger-Riedel § 610 Anm. 9

57) Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, S. 102; Palandt-Putzo § 610 Anm. 1

58) Erman-Wagner § 610 Anm. 3; Gernhuber *JZ* 59, 314; Soergel-Lippisch § 610 Anm. 3

59) *JZ* 59, 314

ivm. dem Grundgedanken des § 610 BGB zu beschreiten. Es liege nahe, den Grundgedanken des § 610 auch nach der Hingabe des Darlehens anzuwenden, denn die Stellung des Darlehensgebers sei ähnlich gefährdet, wie vor der Hingabe.

Hiermit ist der Problemkreis des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angesprochen. Geschäftsgrundlage könnte das Fortbestehen der Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Leistung für die Dauer des Kreditverhältnisses sein. Ein Kündigungsrecht aus diesem Gesichtspunkt ist gleichbedeutend mit einer Anwendung des § 610 BGB nach der Hingabe der Valuta.

Die bereits oben (S.137) erwähnten Formularverträge regeln den Fall der Vermögensverschlechterung auch tatsächlich im soeben dargestellten Sinn. Im Vertrag der Volksbanken heißt es in § 4, daß das Darlehen ohne Kündigung zur sofortigen Rückzahlung fällig ist, sofern eine wesentliche Vermögensverschlechterung eintritt, wobei diese Voraussetzung in Ziff. 17 I der AGB enthalten ist, auf die in § 4 verwiesen wird. Eine ähnliche, jedoch nicht so weit gehende Regelung enthält Ziff. 8 e des Sparkassenvertrags, wo der Darlehensgeber das Recht erhält, das Kapital für sofort fällig und zahlbar zu erklären, wenn über das Vermögen des Schuldners das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird oder der Schuldner die Zahlungen einstellt.

Eine Wertung wird unten vorgenommen werden.

Ein Kündigungsrecht wegen Vermögensverschlechterung muß mit Vorsicht betrachtet werden, denn es würde praktisch das Vertrauen auf die bindende Durchführung des Vertrags aushöhlen. Gleichzeitig würde jede Sanierung für einen

Darlehensnehmer unkalkulierbar, wenn von allen Seiten längerfristig zugesagtes Kapital mit sofortiger Wirkung abgezogen wird. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, daß der Gesetzgeber in § 610 BGB eine abschließende Regelung für die Fälle der Vermögensverschlechterung getroffen hat, so daß nach der Leistung der Valuta die gleiche Bindungswirkung, wie bei anderen Verträgen auch besteht. Zum Ausgleich des Risikos der Vermögensverschlechterung hat sich der Darlehensgeber bei Abschluß des Vertrags ausreichende Sicherheiten geben lassen. Daher fehlt es an den Voraussetzungen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage, denn gerade aus der Sicherungsabrede folgt, daß beide Parteien bei Abschluß des Vertrags davon ausgingen, daß sich die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers verschlechtern könnten. Sonst wäre die Sicherungsabrede bedeutungslos. Eine andere Betrachtungsweise kann dann am Platz sein, wenn die geleisteten Sicherheiten das Risiko wirtschaftlich nicht kompensieren⁶⁰⁾.

Grundsätzlich steht dem Darlehensgeber daher kraft Gesetzes kein außerordentliches Kündigungsrecht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu, wenn sich die Vermögensverhältnisse verschlechtern. Wenn derartige Rechte allerdings, wie in den Verträgen, vereinbart werden, so muß dies grundsätzlich als zulässig bezeichnet werden. Die Abweichung von der gesetzlichen Regelung in der hier vertretenen Auffassung ist nicht so krass, als daß sie treuwidrig oder gar sittenwidrig wäre. Sie können als eine zusätzliche Sicherungsabrede gewertet werden.

Selbst wenn aber Bedenken gegen die Wirksamkeit auftauchten,

60) vgl. Palandt-Putzo § 610 Anm. 1 b; dazu auch BGH WM 64, 62, wo eine Anpassung aufgrund veränderter Umstände zugelassen wird, wenn statt des zunächst gewährten Realkredit ein Personalkredit gewährt wird.

verfangen sie in der Praxis meist nicht. Denn mit einer Vermögensverschlechterung geht regelmäßig auch der Zinsverzug einher, so daß dem Darlehensgeber ohnehin das oben beschriebene Kündigungsrecht zusteht, § 326 BGB. Einer analogen Anwendung von § 610 BGB bedarf es daher nicht.

III. Das wucherische Darlehensverhältnis

Die in diesem Zusammenhang wesentliche Leistung ist die Kapitalbelassung. Sie steht im Zusammenhang der Gegenseitigkeit zur Zinsleistungspflicht und wird daher deswegen erfüllt, damit der Darlehensgeber die Wucherzin- sen erhält. Da im Wucherfall jedoch die vertraglichen Leistungspflichten nichtig sind, muß das Darlehensver- hältnis nach Bereicherungsgrundsätzen abgewickelt werden. Dabei taucht die Frage auf, ob eventuellen Rückforderungs- ansprüchen des Wucherers § 817 Satz 2 BGB entgegen steht.

Ein Rückforderungsanspruch aus § 607 I BGB muß nämlich ausscheiden, so daß die Problematik des § 817 Satz 2 BGB nicht auf diese Weise umgangen werden kann, selbst wenn er, wie oben S. 71 ff dargelegt, insoweit eine Doppel- rolle einnimmt, als er sowohl ein vertraglicher Rücklei- stungsanspruch ist, als auch ein Surrogat für den ver- lorenen Vindikationsanspruch aus § 985 BGB. Denn hierdurch wird er nicht zu einem gesetzlichen Anspruch, so daß er bei Nichtigkeit des Darlehensvertrag nicht zur Anwendung kommen kann.

1. Die Leistungen innerhalb des wucherischen Darlehens- geschäfts und ihr Bezug zu den Darlehenstheorien

Ein wucherischer konsensualer Darlehensvertrag ist nach § 138 II BGB nichtig, was gleichfalls für das dingliche Zinsleistungsgeschäft gilt. Dieser Schluß ist mit der

hM¹⁾ aus der Formulierung "sich gewähren läßt" zu ziehen. Das Rechtsschicksal der Valutaleistung ist dagegen in § 138 II BGB nicht geregelt. Auf sie findet auch nicht ohne weiteres § 138 I BGB Anwendung, da § 138 II BGB im Fall des Wuchers *lex specialis* hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen ist²⁾. An dieser Stelle werden unterschiedliche Konsequenzen der Darlehenstheorien deutlich.

Das Kausalgeschäft setzt den mißbilligten Erfolg dadurch in Gang³⁾, daß es eine Verpflichtung ausspricht, in deren Erfüllung dann die eigentlich sittenwidrige Leistung erfolgt. So jedenfalls stellt sich die Situation nach der Konsensualvertragstheorie dar:

Verpflichtung - Leistung - Erfüllung

Im Gegensatz dazu dient beim Realvertrag die Leistung dazu, das Kausalgeschäft in seiner rechtlichen Existenz hervorzurufen, d.h., das obligatorische Geschäft, das normalerweise den sittenwidrigen Erfolg in Gang setzt, s. oben. Infolgedessen ist beim Realvertrag die Leistung das eigentlich sittenwidrige Element, denn sie steht am Anfang der geschäftlichen Kausalkette.

Leistung - Verpflichtung

Als Konsequenz dessen muß man folgern, daß das Leistungs-

-
- 1) Erman-Westermann § 138 Anm. 72; Larenz AT § 22 III, S. 378; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 4 b; Flume § 18 7 d; RGZ 109, 201, 202; a.A.: Wolf AT S. 352, der in dieser Formulierung die Vereinbarung des obligatorischen Erwerbsstatbestandes sieht. Das Erfüllungsgeschäft, so meint er, könne nicht nichtig sein, weil aufgrund der ihm eigenen Abstraktheit darin kein objektives Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung enthalten sein könne.
 - 2) BGB-RGRK-Krüger-Nieland § 138 Anm. 17; Erman-Westermann § 138 Anm. 6; Staudinger-Coing § 138 Anm. 42; a.A.: Wolf AT S. 353, der § 138 BGB als weiteren Tatbestand inhaltlich in den Tatbestand des § 138 II BGB einbeziehen will, weil hier die Formulierung "insbesondere" zu berücksichtigen sei.
 - 3) vgl. Marcuse Gruch. 66, 168

geschäft nach der Realvertragstheorie selbst nichtig ist, weil es sittenwidrig ist.

Dies wird folgerichtig mit der Begründung vertreten⁴⁾, der Wucherer könne die Wuchervorteile nur durch die Leistung erreichen. Erst durch sie werde daher der Bewucherte ausgebeutet⁵⁾. Weil die Leistung das Mittel zur Erreichung des mißbilligten Zwecks sei, trage das ganze Geschäft "die wucherische Verquickung"⁶⁾.

Diese Rechtsfolge nach der Realvertragstheorie ist abzulehnen. Allgemein spricht der Wortlaut von § 138 II BGB gegen die Nichtigkeit der Leistung und wenn der Gesetzgeber den Abstraktionsgrundsatz ausdrücklich nur für die Zinsleistung durchbricht, so drängt sich der Schluß auf, daß es im übrigen beim Prinzip verbleiben soll. Daher ist die Leistung der Valuta durch den Wucherer rechtswirksam⁷⁾. Es entsteht infolgedessen auch an dieser Stelle nicht das Problem, den § 817 Satz 2 BGB auf Ansprüche aus § 985 BGB ausdehnend anzuwenden⁸⁾, was erforderlich wäre, weil der Wucherer sonst mit dem

4) BGB-RGRK-Krüger-Nieland § 138 Anm. 10; Jacoby IhJB. 60, 229, 239; Enn.-Nipp. § 192 III 1; RGZ 161, 55, 58, wo man allerdings eine klare Aussage vermißt, denn einerseits wird von der Nichtigkeit ausgegangen (S.55), andererseits ausschließlich § 812 BGB angewendet, ohne auf § 985 einzugehen (S.58)

5) Enn.-Nipperdey § 192 III 1

6) Jacoby IhJB. 60, 239

7) Erman-Westermann § 138 Anm. 72; Flume § 18, 7 d; Larenz AT § 22 III S. 378; Marcuse Gruch. 66, 168; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 4b; Soergel-Hefermehl § 138 Anm. 35; Wolf AT S. 352

8) bejahend: Baur § 5 IV 3 a; Esser § 104 IV S. 362; Medicus § 27 III 4 c aa; Mölders S. 126/27; wohl auch Larenz II § 69 III S. 427; Raiser JZ 51, 719; ablehnend: Enn.-Lehmann § 226 2 d; Erman-Seiler

dinglichen Anspruch das erreichen würde, was man ihm bereicherungsrechtlich versagen wollte.

2. Die Ansprüche aus dem wucherischen Darlehensverhältnis

a. Die Ansprüche des Wucherers

aa. Der Kapitalrückforderungsanspruch

Infolge der Rechtswirksamkeit der Leistung scheidet ein Vindikationsanspruch aus. Es verbleibt der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB, denn auch § 607 I BGB scheidet aus, weil er als vertraglicher Anspruch nur für den wirk-samen Darlehensvertrag gilt (als Darlehen empfangen). Denn die Rückleistungspflicht wurde vertraglich unter der Bedingung vereinbart, daß die Valutaleistung erfolgt. Folglich wird sie als vertragliche Pflicht von der Nicht-tigkeit erfaßt.

(1) Der Bezug des § 817 Satz 2 BGB zum Rückforderungsan-spruch des Wucherers

(a) Die herrschende Meinung

Die hM in Literatur und Rechtsprechung geht wie selbst-verständlich davon aus, der Zweck der Valutaleistung sei sittenwidrig⁹⁾. Sie versagt daher dem Wucherer den Rückforderungsanspruch vor Ablauf der in dem nichtigen

9) Erman-Seiler § 817 Anm. 1 b, c; Esser II § 102 IV 1; Enn.-Lehmann § 226, 3; Hammes JR 50, 11, 12; Larenz II § 69 III S. 425; Palandt-Thomas § 817 3 c bb; BGB-RGRK-Scheffler § 817 Anm. 16; Soergel-Mühl § 817 Anm. 6; RGZ 63, 346 ff.(354); 67, 321; 151, 70 ff.; 161, 52 ff.; BGH LM Nr. 1 zu § 817; Nr. 20 zu § 817; JZ 53, 283; NJW 62, 1148; BGHZ 35, 107; 50, 90; BAG BB 63, 348

Darlehensvertrag vereinbarten Laufzeit¹⁰⁾ und zwar unter Berufung auf § 817 Satz 2 BGB. Wesentliche Grundlage hierfür ist die Entscheidung des Großen Zivilsenats am Reichsgericht vom 30. Juni 1939¹¹⁾. Diese Entscheidung stellte gleichzeitig einen Wendepunkt in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung dar, die bis dahin dem Wucherer die Rückforderung des Kapitals völlig versagt hatte¹²⁾. Erst in der genannten Entscheidung ließ es die Rückforderung in beschränktem Umfang zu, indem es den Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts in Zusammenhang mit der Darlehensleistung und deren Besonderheit betrachtete und entsprechend einschränkte.

Zu entscheiden war folgender Sachverhalt:

Ein Darlehensgeber klagte auf Rückleistung eines darlehensweise hingegebenen Geldbetrags und stützte seine Klage auf § 812 BGB. In der Vorinstanz war er abgewiesen worden, weil nach Auffassung des Berufungsgerichts § 817 Satz 2 BGB der Rückforderung der Valuta entgegen stehe. Die Zweckbestimmung der Valutaleistung habe einen sittenwidrigen Zweck verfolgt.

Das Reichsgericht änderte diese Entscheidung ab, indem es grundsätzlich eine derartige Bereicherung des Bewucherten verhinderte. Die fortschrittliche Bedeutung der Entscheidung liegt darin, daß der Wucherer überhaupt die Valuta zurückerhalten konnte. Das Reichsgericht definierte den Leistungsbegriff des Darlehens neu, wobei es allerdings in andere rechtliche Schwierigkeiten geriet (oben S. 64)

10) RGZ 161, 52 ff.; vgl. Note 9

11) RGZ 161, 52 ff.

12) RG LZ 1922, 461 - RGZ 151, 70 ff

Das Reichsgericht führte aus, § 817 Satz 2 BGB könne auf die Rückgabepflicht insoweit nicht angewendet werden, als durch die Vorschrift die Rückgabe völlig ausgeschlossen werde. Denn § 817 Satz 2 beziehe sich nur auf solche Leistungen, die das Vermögen des Empfängers auf Dauer bereichern sollten¹³⁾. Beim Darlehen als "Vertrag auf Rückgabe" solle eine Rückerstattung dieser Leistung aber auf jeden Fall erfolgen, ohne daß es auf die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrages ankäme. Für den gesetzlichen Bereicherungsanspruch könne nichts anderes gelten.

Auf dieser Grundlage folgt sodann die Leistungsdefinition des Reichsgerichts:

Die Darlehensleistung ermögliche nur die Kapitalnutzung auf Zeit¹⁴⁾. Das rechtstechnische Mittel hierfür sei die Übertragung vollen Eigentums, das immer belastet bleibe mit der Pflicht zur demnächstigen Rückgewähr¹⁵⁾. Die dingliche Rechtsübertragung und die Pflicht zur Rückgewähr bildeten eine Einheit, die bei Anwendung des § 817 Satz 2 BGB nicht auseinandergerissen werden dürfe¹⁶⁾, denn nur in dieser Verbundenheit bildeten sie die Leistung im Sinne des Bereicherungsrechts.

Das Reichsgericht billigte daher dem Darlehensgeber die Rückforderung des Kapitals zu, jedoch erst nach Ablauf der im nichtigen Vertrag vereinbarten Laufzeit¹⁷⁾. Es sah hierin keine Teilaufrechterhaltung des nichtigen Darlehensvertrags, sondern lediglich eine Folge der in § 817 Satz 2 BGB enthaltenen gesetzlichen Regelung. Daß der Bewucherte durch diese Rechtsprechung das Kapital zinslos nutzen

13) RGZ 161, 56; vgl. auch Esser II § 103 IV S. 360

14) RGZ 161, 56; schon OLG Dresden Seuff.Arch 59 Nr. 81

15) Dogmatische Bedenken hierzu S. 58

16) RGZ 161, 56/57

17) RGZ 161, 56

durfte und daher erheblich besser stand, als beim normalen verzinslichen Darlehen, sah das Reichsgericht als eine erwünschte, generalpräventive Auswirkung gegen Wucherpraxis an¹⁸⁾ (s. unten).

Diese sog. "Zeittheorie"^{18a)} des Reichsgerichts ist nicht unwidersprochen geblieben. Nach der Auffassung von Rost^{18b)} wird hierdurch der Leistungsbegriff sämtlicher Rechtsgeschäfte betroffen. Er argumentiert, die Auffassung des RG von der nur vorübergehenden Überlassung des Vermögenswertes sei rein wirtschaftlich^{18c)}. In konsequenter Anwendung des Leistungsbegriffs komme man zu dem Ergebnis, daß auch ein Käufer nur vorübergehend durch die Kaufsache bereichert sei, denn das erworbene Eigentum bleibe belastet mit der Pflicht zur demnächstigen Rückgewähr des in der Sache enthaltenen wirtschaftlichen Wertes, d.h. zur Zahlung des Kaufpreises^{18d)}.

Diese Auffassung ist verfehlt. M.E. trifft die Definition des Reichsgerichts den Kern der Sache. Denn Rost hat nicht zwischen gegenseitigen Verträgen, deren Gegenstand ein Umsatzgeschäft ist und "Verträgen auf Rückgabe" unterschieden. Beide haben voneinander abweichende Geschäftszwecke. Während der Kaufzweck auf den Gütertausch gerichtet ist, der mit dem Austausch endgültig erreicht ist, liegt der Darlehenszweck in der zeitlich begrenzten Kapitalnutzung. Er ist demnach erst dann erreicht, wenn das Kapital nach erfolgter Nutzung zurückgeleistet wurde. Es wird dagegen nicht das hin- und zurückgeleistete Kapital ausgetauscht. Im Austauschverhältnis stehen vielmehr nur Kapitalbelassung und Zinsleistung. Die unbeschränkte Ei-

18) RGZ 161. 59

18a) Heck ACP 124 S. 8

18b) aaO. S. 107 ff., 113: "Manipulation des Leistungsbegriffs"

18c) aaO. S. 107

18d) aaO. S. 108, 109

gentumsübertragung beim Darlehen muß obligatorisch durch die Rückleistungspflicht eingegrenzt werden. Entsprechend ist beim Kauf und anderen Austauschverträgen nicht erforderlich.

Die durch das Reichsgericht entwickelten Rechtsfolgen wurden von der bis heute hM übernommen¹⁹⁾.

Die Auffassung gründet sich auf eine extensive Interpretation des § 817 Satz 2 BGB. Die hM argumentiert, § 817 Satz 2 BGB sei eine für das ganze Bereicherungsrecht gültige Vorschrift. Ihre Anwendbarkeit gehe über den Fall des § 817 Satz 1 BGB hinaus, d.h. daß beiden Parteien ein Sittenverstoß zur Last fällt. § 817 Satz 2 BGB gelte auch für den Bereicherungsanspruch, der auf § 812 BGB gestützt werde.

Die Entscheidung des Reichsgerichts und auch die hM lassen eine dogmatische Klarheit vermissen. Denn die Darlehensleistung wird nicht differenziert nach der Valutaleistung und der Dauerleistung, der Belassung, beurteilt. Dies muß verwundern, weil es heute ebenso hM ist, daß der Dauerleistung eine Belassungspflicht zugrunde liegt, die von der Leistungspflicht, gleich ob diese einem Konsensualvertrag oder einem Vorvertrag entspringt, unterschieden werden muß²⁰⁾. Wenn aber unterschiedliche Pflichten bestehen, so liegt es nahe, daß den in Erfüllung der Pflichten vorgenommenen Leistungen auch unterschiedliche Leistungszwecke zugrunde liegen. Diese Differenzierung ist Anknüpfungspunkt anderer Lösungen, auf die unten

19) s. Note 9 S. 146

20) vgl. Hoff AcP 156, 483 ff.; vgl. Note 67 S.

eingegangen werden wird²¹⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit soll zwar nicht die gesamte Problematik des § 817 Satz 2 und seines Anwendungsbereichs erörtert werden. Es soll jedoch zur Klarstellung der dogmatischen Basis, von der aus die hM argumentiert, in Kürze auf die extensive Interpretation von § 817 Satz 2 BGB eingegangen werden. Die hM²²⁾ wendet ihn auf diese Weise, weil sie befürchtet, daß andernfalls ein neben § 817 Satz 1 bestehender Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB den § 817 Satz 2 BGB zur Bedeutungslosigkeit degradiert hätte. Wenn er also auf den Anspruch auf § 812 BGB ausgedehnt wurde, mußte er von der hM folgerichtig auch auf den Rückforderungsanspruch des Wucherers angewendet werden.

Ferner argumentierte man, daß, würde eine sofortige Rückforderbarkeit des Wucherdarlehens zugelassen, der makelfreie Empfänger besser stehe, als der, der durch den Empfang ebenfalls sittenwidrig gehandelt habe (§ 817 Satz 1 BGB; z.B. Finanzierung von Schwarzmarktgeschäften), denn der könne die Valuta behalten²³⁾. Bei der Rückforderung berufe sich der Wucherer vielmehr auf die eigene Unsittlichkeit, weil seine Leistung einen unsittlichen Zweck verfolgt habe²⁴⁾. Ein solches Verhalten aber dürfe durch die Mittel der Rechtsordnung nicht noch geschützt werden. Daß § 817 Satz 2 BGB das Wort "gleichfalls" enthält und daher u.U. auf § 817 Satz 1 BGB zu beziehen

21) Das Reichsgericht war insoweit auch inkonsequent, denn es ließ eine sofortige Rückforderbarkeit einer wucherisch hingegebenen Mietsache zu, ohne daß der Mietwucherer an die vereinbarte Laufzeit des Mietvertrags gebunden war: RG Recht 1911, Nr. 720; RG Warn. Nr. 3 zu § 817

22) Larenz II § 69 III S. 425

23) Cohn Gruch. 41, 794; RGZ 151, 74; wohl auch noch RGZ 161, 55

24) RGZ 151, 72

ist, bereitet den Vertretern der hM deswegen keine Schwierigkeiten, weil sie es nicht logisch-systematisch auf § 817 Satz 1 beziehen, sondern darin lediglich eine Satzverbindung sehen²⁵⁾. Nach Auffassung der hM handelt es sich bei § 817 Satz 2 BGB um eine bürgerlich-rechtliche Strafvorschrift²⁶⁾.

(b) Die Mindermeinung aufgrund einer restriktiven Interpretation des § 817 Satz 2 BGB

Eine lediglich in der Literatur vertretene Mindermeinung wendet sich gegen dieses Ergebnis und gibt dem Wucherer einen sofortigen Rückforderungsanspruch²⁷⁾. Sie wird mit einer restriktiven Interpretation des § 817 Satz 2 BGB, bezogen auf die Fälle des § 817 Satz 1 BGB, begründet.

Diese Auffassung lehnt die Möglichkeit des Strafcharakters einer bürgerlich-rechtlichen Vorschrift ab und verweist insoweit auf die einschlägigen Tatbestände des StGB, §§ 302 a-f. Man sagt ferner, es sei nicht der Zweck des Bereicherungsrechts, das Wohlverhalten Einzelner zu belohnen, sondern ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen auszugleichen²⁸⁾. Ein neben § 817 Satz 1 BGB bestehender Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB, der die Wirkung des § 817 Satz 2 BGB zunichte machen würde, wird ausgeschlossen. Insoweit erhält der § 817 Satz 1 Präklusionswirkung in seinem Charakter als lex specialis²⁹⁾.

25) Enn.-Lehmann § 226,3; Hammes JR 50,12,13; Planck-Landois § 817 Anm.4; kritisch aber Larenz § 69 III, S.425

26) Achilles-Greif-Brüggemann § 817 Anm.3 a; BGB-RGRK-Scheffler § 817 Anm. 16 (zumindestens auch Strafvorsch.) RGZ 95, 347 ff.(349);161,52 ff.(61); vgl. BGHZ 39, 87 ff.(91); BGH LM Nr. 1 zu § 817 BGB

27) Eccius DJZ 1903,41; Graff DJZ 08,1103; Heck ACP 124, 12; Rost S. 86 ff.; Staudinger-Coing § 138 Anm.7

28) Rost S. 90

29) Heck ACP 124,14 ff.; vgl. auch Esser II § 103 III, 1 selbständiger Bereicherungsanspruch und nicht ein besonderer Anwendungsfall

Rost³⁰⁾ versucht die Konkurrenz beider Ansprüche auszuschließen, indem er die Möglichkeiten der Zweckerreichung überprüft. Er argumentiert, der sittenwidrig Leistende wisse, daß er wegen der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nichts schulde; insoweit scheide die *condictio indebiti* aus. Sinn seiner Leistung könne demnach nur die Veranlassung des Empfängers zur Gegenleistung sein; dieser Leistung entspricht die *condictio ob rem*. Da aber die Erreichung dieses Leistungszwecks wegen der vorliegenden Sittenwidrigkeit des Kausalgeschäfts von vorneherein ausgeschlossen sei, existiere als einziger Kondiktionsanspruch der aus § 817 Satz 1 BGB.

Außerdem, so meinen die Vertreter dieser Ansicht, spreche der Wortlaut und das System der gesetzlichen Regelung für die restriktive Interpretation. "Gleichfalls" lasse sich nämlich nicht als lediglich satzverbindend verstehen. Von der Systematik des Bereicherungsrechts her sei aber folgendes zu beachten: Der Ausschluß der *condictio indebiti* finde sich in § 814 BGB, der der *condictio ob rem* in § 815 BGB und der der *condictio ob turpem causam* in § 817 Satz 2 BGB. In allen Fällen seien also Spezialnormen für Spezialfälle vorhanden, nicht aber ein allgemeines Prinzip für den Ausschluß des Bereicherungsanspruchs³¹⁾. § 815 BGB schließe die Kondiktion aus, weil der Leistende wußte, daß der Erfolg nicht eintreten konnte, § 817 Satz 2 aber, weil er wußte, daß der Erfolg nicht eintreten durfte³²⁾.

30) aaO. S. 77, 78

31) vgl. Rost S. 58, 59, 93

32) vgl. Rost S. 59 m.w.N.

(c) Sonstige Auffassungen

Auf anderem Weg kommt Hoff³³⁾ zu dem gleichen Ergebnis, wie diese Mindermeinung.

Er geht zunächst von der bekannten Differenzierung zwischen Kapital- und Dauerleistung aus. Erstere ist seiner Ansicht nach die Leistung im rechtlichen, die zweite aber die Leistung im wirtschaftlichen Sinn³⁴⁾. Bezüglich der ersten Leistung übernimmt Hoff die Formulierung des RG, wonach sie nur mit der Rückleistungspflicht belastet in das Empfänger Vermögen gelangt. Daher aber sei, so folgert er, auf sie § 817 Satz 2 BGB nicht anwendbar, weil er nur für solche Leistungen gelte, die für immer im Vermögen des Empfängers bleiben sollten³⁵⁾. Hoff folgt also einerseits der Einschränkung des Leistungsbegriffs durch die Rechtsprechung in Bezug auf die Darlehensleistung, kommt aber zu anderen Ergebnissen aufgrund der von ihm vorgenommenen Differenzierung in einmalige und in Dauerleistung.

Seiner Auffassung nach fällt lediglich die Dauerleistung unter § 817 Satz 2 BGB. Sie erfolgt ohne Rechtsgrund aufgrund der Nichtigkeit des Vertrags und endet im Zeitpunkt der Rückforderung des Kapitals durch den Darlehensgeber. Hierbei ist es seiner Auffassung nach nicht erforderlich, daß die ursprünglich, aber nichtig, vereinbarte Laufzeit zugrundegelegt wird, denn er geht von dem Begriff "Darlehen" als "Kapitalnutzung auf Zeit" und nicht als "Kapitalnutzung auf die vereinbarte Zeit" aus³⁶⁾.

33) Hoff ACP 156, 483 ff.

34) aaO. S. 490

35) aaO. S. 500

36) Hoff aaO. S. 487-489, 490

Daraus zieht er den Schluß, daß für den Zeitraum, für den die Dauerleistung erbracht ist, § 817 Satz 2 BGB auf sie angewendet werden muß, Insoweit folgt er also der extensiven Interpretation der hM. Die Dauerleistung endet jedoch im Zeitpunkt der Rückforderung; infolgedessen kann auch § 817 Satz 2 BGB nicht mehr angewendet werden und die Valuta kann ohne Rücksicht auf die vereinbarte Laufzeit zurückgefordert werden.

Den dargestellten Lösungsweg hält er für durch die "Doppelrolle des Kapitals" vorgeschrieben.

bb. Der Zinsanspruch

Der Zinsanspruch des Wucherers kann sich nur aus Bereicherungsrecht ergeben, da die Zinsvereinbarung nichtig ist (§ 818 I BGB). Er kommt der Rückforderung des Wertes der Kapitalbelassung gleich.

Die hM, die § 817 Satz 2 BGB auf alle Bereicherungsansprüche anwendet, versagt dem Wucherer unter Berufung auf diese Vorschrift einen Zinsanspruch³⁷⁾. Dieser Auffassung nach ersetzt § 817 Satz 2 BGB die fehlende Belassungspflicht als Rechtsgrund für die Leistung, so daß der Wert der Kapitalnutzung trotz der Nichtigkeit des Vertrags nicht dem Kapitalgeber, sondern dem Nehmer zusteht³⁸⁾. Das Reichsgericht war bei der Entscheidung dieser Frage ausdrücklich von der Strafsanktion motiviert³⁹⁾.

37) RGZ 161, 57/58; BGH LM Nr. 17 zu § 817 = BGH WM 62, 606; MDR 62, 646 = NJW 62, 1148; Larenz II S. 427

38) so BGH LM Nr. 17 zu § 817

39) RGZ 161, 58 oben, 59

Die Mindermeinung, die den § 317 Satz 2 BGB restriktiv interpretiert, billigt dem Wucherer dagegen Zinsen zu⁴⁰⁾. Dieser Auffassung nach kann er gemäß §§ 312, 318 I BGB das übliche Nutzungsentgelt, d.h. Zinsen in einem zu ermittelnden Normalumfang verlangen.

Der Bewucherte kann wegen der Nichtigkeit der Zinsleistung die gezahlten Zinsen gemäß § 317 Satz 1 BGB zurückverlangen. Sofern man dem Wucherer jedoch die angemessenen Zinsen zubilligt, steht dem Darlehensnehmer nur der Differenzbetrag zwischen den Wucherzinsen und der nach § 318 I BGB zu zahlenden Vergütung zu.

Stellungnahme

Die hM zum Wucherdarlehen ist abzulehnen. Gleichzeitig soll nicht der gewagte Versuch unternommen werden, die gesamte, weitreichende Problematik des Anwendungsbereichs von § 317 Satz 2 BGB hier neu zu entscheiden.

M.E. müssen sich die Rechtsfolgen des Wucherdarlehens im Rahmen nachstehend genannter Grenzen halten:

Zum einen darf der Bewucherte nicht mehr Rechte oder Vorteile erlangen, als ihm ein wirksamer Darlehensvertrag gewährt, d.h., er darf kein zinsloses Kapitalnutzungsrecht erhalten. Auf der anderen Seite muß er eine so starke Rechtsstellung erhalten, daß er hinreichend vor Ausbeutung geschützt ist.

Die hM geht über diese Grenzen hinaus, denn sie gewährt dem Bewucherten sowohl ein Kapitalnutzungsrecht, als auch die Garantie der Zinsfreiheit⁴¹⁾. Sie ist dogmatisch

40) s. Note 27 S. 152

41) s. Note 37 S. 155

inkonsequent, weil sie für die Dauer der Kapitalbelassung die im nichtigen Vertrag vereinbarte Laufzeit zugrunde legt. Diese Rechtsauffassung führt daher zu einer Teilaufrechterhaltung des an sich nichtigen Darlehensvertrags, die sich weder mit § 817 Satz 2 BGB⁴²⁾, noch mit § 139 BGB begründen läßt. Das Reichsgericht, auf dessen Entscheidung die hM zurückgeht, widerspricht sich sogar selbst, denn auf der einen Seite definiert es Darlehen als "Leistung auf Zeit", im Fall der Nichtigkeit des Vertrags jedoch als "Leistung für die vereinbarte Zeit". Gerade im Falle der Vertragsnichtigkeit wäre indessen die neutrale Definition am Platz⁴³⁾.

Die hM führt daher zu einer Besserstellung des Bewucherten gegenüber dem Darlehensnehmer, der Vertragspartei eines wirksamen, verzinslichen Darlehensvertrags ist⁴⁴⁾. Sie fordert praktisch einen gerissenen Darlehensnehmer dazu auf, sich in einem möglichst langfristigen Vertrag bewuchern zu lassen, denn dieser Kredit ist billig. Sie läuft daher Gefahr, das rechtspolitische Ziel des Schutzes des Bewucherten und der Bestrafung des Wucherers in sein Gegenteil zu verkehren. Die Intention, eine verbreitete Wucherpraxis zu verhindern, kann auch ohne diese zinsfreie Kapitalnutzung durch den Bewucherten erreicht werden. Denn die Wuchertatbestände des Strafgesetzbuches enthalten Officialdelikte, die von Amts wegen verfolgt werden und sehen darüberhinaus empfindliche Strafandrohungen vor. Sobald daher ein Wucherer die Wucherzinsen ein-

42) so das RG in RGZ 161, 57

43) vgl. RGZ 161, 56 f.

44) Dies, obwohl namhafte Vertreter dieser Auffassung ausdrücklich eine Besserstellung des Bewucherten für ungerechtfertigt halten: Larenz II § 69 III S. 426; Esser II § 103 IV S. 360

klagen will, deren Begleichung der Darlehensnehmer verweigert, läuft er Gefahr, daß seitens des Zivilgerichts ein Ermittlungsverfahren in Gang gesetzt wird. Er ist daher mittelbar gezwungen, sich mit dem Bewucherten über ein normales Zinsmaß zu einigen. Es bedarf daher aus rechtspolitischen Gründen keiner dogmatisch zweifelhaften Konstruktion.

3. Eigene Auffassung zum Wucherdarlehen

M.E. nach kommt es bei der aus der Sicht der Darlehensproblematik wesentlichen Frage des Rückforderungsanspruchs nicht zur Anwendung von § 817 Satz 2 BGB.

Denn das Darlehen zerfällt in zwei verschiedene Leistungen, nämlich die Kapitalleistung und die Dauerleistung der Belassung. Die Kapitalleistung zieht nach der hier vertretenen Auffassung (S.90), aufgrund des Eintritts der Bedingung eine sofortige Rückleistungspflicht nach sich (§ 607 I BGB). § 607 I BGB macht die Rückforderung nicht vom Ablauf einer bestimmten Nutzungszeit abhängig. Zwar ist das Darlehen selbst Nutzung eines Kapitals auf Zeit. Die vereinbarte Laufzeit gilt jedoch nur bei wirksamer Belassungspflicht. Im Fall der Nichtigkeit ist die Nutzung auf Zeit nicht vereinbart und das Kapital ist sofort zurückforderbar.

Die bloße Kapitalleistung kann daher, sofern der Rückleistungsanspruch im Wucherfall aus § 812 BGB wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrags herzuleiten ist, keinerlei sittenwidrigen Zweck verfolgen. Denn sie verfolgt allein den Zweck, dem Darlehensnehmer das Kapital zur Verfügung zu stellen, mit der Maßgabe, daß dieser es zurückleisten muß. Der Leistungszweck liegt in der Erfüllung der Verbindlichkeit. Ein darüberhinausgehender

Zweck ist nicht vorhanden (s. oben S.15f).

§ 817 Satz 2 BGB kann daher dem Kapitalrückforderungsanspruch nicht entgegenstehen, da seine Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Vielmehr gilt für die Durchsetzbarkeit des Bereicherungsanspruchs das gleiche, wie für den Anspruch aus § 607 I BGB.

Infolgedessen kommt es auf die Frage, wie § 817 Satz 2 BGB auszulegen ist, nicht an. § 817 Satz 2 BGB stellt keine zeitliche Sperre für die Realisierbarkeit des Rückforderungsanspruchs auf.

Anders stellt sich die Situation dagegen bezüglich der Kapitalbelassung dar, die im Synallagma zur Zinsleistungspflicht steht. Bereits daraus folgt, daß sie den Zweck hat, den Darlehensnehmer zur Leistung der Wucherzinsen zu veranlassen. An dieser Stelle ist das eigentliche Wucherverhältnis angesiedelt. Da die Dauerleistung aber zweckgerichtet auf die Erlangung der Wucherzinsen ist, verfolgt sie einen sittenwidrigen Zweck, so daß die Frage der Anwendung des § 817 Satz 2 BGB tangiert wird. Man wird an dieser Stelle jedoch zwei Fallkonstellationen unterscheiden müssen, je nachdem, ob die Kapitalbelassung als bereicherungsrechtliche Leistung anzusehen ist oder nicht. Nur im ersten Fall stellt sich die Frage der Anwendung von § 817 Satz 2 BGB.

Solange der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer das Kapital tatsächlich beläßt, mit dem Bewußtsein, hierdurch dessen Vermögen zu bereichern und dem Zweck, hierdurch die Wucherzinsen zu erlangen, wird die Problematik des § 817 Satz 2 BGB aktuell, jedoch entgegen der hM nur mit der Maßgabe, daß ein Zinsanspruch betroffen ist, nicht jedoch

der Rückforderungsanspruch. Insoweit stellt sich die Belassung als Kapitalnutzung des Gebers dar, und zwar nur die Belassung (vgl. doppelte Nutzungsebene S.17f). Ob dem Darlehensgeber und Wucherer zumindest der übliche Zinssatz oder überhaupt kein Zinsanspruch zusteht (hM) soll an dieser Stelle nicht entschieden werden, da es hierzu der eingehenden Erörterung der bereicherungsrechtlichen Problematik bedürfte, die nicht Zweck der gestellten Aufgabe ist. Insoweit ist auf die oben dargelegte Problematik, sowie die zitierte Literatur und Rechtsprechung zu verweisen (S.146 ff, 152 ff).

Weiß der Darlehensgeber dagegen, daß der Darlehensvertrag wegen Wuchers nichtig ist, so wird er dem Darlehensnehmer das Kapital gar nicht mehr belassen wollen. Sofern er es ihm rein tatsächlich noch beläßt, liegt keine bewußte und zweckgerichtete Vermögensmehrung beim Darlehensnehmer mehr vor, d.h. keine Leistung des Wucherers i. S. des Bereicherungsrechts. Deshalb scheidet in diesem Fall die Anwendung von § 817 Satz 2 BGB auf jeden Fall aus. Dann entsteht folgerichtig auch ein Zinsanspruch des Darlehensgebers. Zum einen kommt § 818 I BGB zur Anwendung, wobei der Umfang des darin verbrieften Zinsanspruchs nach dem üblichen Zinssatz zu bemessen ist⁴⁵⁾. Die Üblichkeit selbst richtet sich nach dem allgemeinen Zinsniveau, das durch den von der Bundesbank festgesetzten Lombard- und Diskontsatz wesentlich beeinflusst wird. Darüberhinaus findet auch § 288 BGB Anwendung, denn sobald keine Dauerleistung des Darlehensgebers mehr vorliegt, befindet sich der Darlehensnehmer im Verzug mit der Rückleistungspflicht. Dies folgt aus der hier vertretenen Auffassung, wonach die Kapitalleistung einen sofortigen Rückleistungs-

45) Erman-Seiler §818 Anm. 8, 17

anspruch nach sich zieht, es sei denn, das Kapital wird dem Darlehensnehmer belassen. Der Zeitpunkt, wann keine Leistung mehr vorliegt, wird sich allerdings schwer feststellen lassen, so daß dem Anspruch auf Verzugszinsen nur zweitrangige Bedeutung zukommt.

Es ergibt sich demnach folgendes Ergebnis:

Der Wucherer kann das Kapital sofort zurückfordern, ohne an eine zeitliche Grenze gebunden zu sein. Denn die Kapitalbelassungspflicht ist nichtig, wie alle anderen dem wucherischen Darlehensvertrag entspringenden Pflichten auch. Die bloße Kapitalleistung verfolgt keinen sittenwidrigen Zweck.

Für den Zeitraum, in dem er den Zweck verfolgte, den Darlehensnehmer zu bewuchern, hängt sein Zinsanspruch davon ab, ob man § 817 Satz 2 BGB auf einen Bereicherungsanspruch nach § 812, 818 I BGB anwendet oder nicht.

Sobald der Darlehensgeber nicht mehr die wucherische Zweckrichtung verfolgt, es vielmehr zu einer rein tatsächlichen Kapitalbelassung kommt, hat er Anspruch auf Verzinsung gemäß den §§ 288 I BGB, 812, 818 I BGB.

IV. Die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens

1. Allgemeines

Abtretung ist die Forderungsübertragung mit der Wirkung, daß der Zessionar Gläubiger, dh. Inhaber des Anspruchs wird¹⁾. Bezüglich der Abtretung des Darlehensanspruchs

1) Palandt-Heinrichs § 398 Anm. 1

liegt das Hauptgewicht bei der Frage ihrer Zulässigkeit. Zunächst ist zu bemerken, daß sie nicht zu einer Risiko-steigerung für den Darlehensgeber führen darf und damit zu einer Kreditminderung.

Im allgemeinen steht der Abtretung aber nicht die Zweck-gebundenheit der Forderung in der Weise entgegen, daß der Darlehensgeber in jedem Fall von der produktiven Verwendung des Darlehens beim Darlehensnehmer ausgeht²⁾, etwa durch investive Verwendung in dessen Betrieb. Eine solche Auffassung ist wirtschaftlich zu eng, denn auch in der Abtretung des Anspruchs zum Zweck der Tilgung einer Verbindlichkeit liegt ein wirtschaftlicher Nutz-effekt, der eine Konsolidierung der Vermögensverhält-nisse des Darlehensnehmers bewirken kann.

Die Zession darf jedoch nicht zu einem Schuldneraustausch dergestalt führen, daß der Zessionar an Stelle des Zeden-ten und Darlehensnehmers auch zur Rückleistung verpflich-tet ist, denn der Kapitalgeber kennt dessen Kreditwürdig-keit nicht. Der Abtretungsvertrag könnte insoweit den Charakter eines Vertrags zu Lasten Dritter tragen; auch ist nach § 415 BGB seine Wirksamkeit von der Zustimmung des Darlehensgebers abhängig³⁾.

Läßt man aber die Abtretung des Leistungsanspruchs mit der Wirkung zu, daß der Zessionar die Leistung verlangen kann, der Zedent aber zur Rückleistung verpflichtet bleibt⁴⁾,

2) so aber Koch JW 33, 2757

3) Eulau S. 32; Franck S. 19; Hilbert S. 47; Wommels-dorff-Friedrichsen S. 89; vgl. RGZ 66, 361

4) Boehmer ArchBürgR. 38, 330/31; Diesel JW 33, 2504; Gentz S. 12/3; Genzmer AcP 137, 198; Heidbrink S. 35/6 Hohenstein S. 40; Ludwig S. 17 ff.; Lübbert IuJB 52, 377/78; Schäfer S. 13/4; Scheidwimmer S. 39 ff.; Staudinger-Riedel § 610 Anm. 3; Soergel-Lippisch § 610 Anm. 1; Trembolier S. 56 ff.; Vogel S. 32 ff.

so wird das einheitliche Darlehensgeschäft gespalten, denn es ist ein grundsätzlich einheitlicher "Vertrag auf Rückgabe" (wer empfangen hat, gibt auch zurück). Daher unterscheidet sich die Abtretung des Darlehensanspruchs gegenüber der anderer Ansprüche auch insoweit.

2. Die Abtretung nach der Konsensualvertragstheorie

Der konsensuale Leistungsanspruch kann abgetreten werden. Durch die Leistung des Darlehensgebers an den Zessionar erhält jedoch der Darlehensnehmer und Zedent nicht den vereinbarten Leistungsgegenstand, obwohl er aus dem Kreditcharakter des Darlehensgeschäfts weiter zur Rückleistung verpflichtet bleibt.

Es stellt sich also die Frage, wie die vereinbarte Bedingung für die Wirksamkeit der Rückleistungspflicht nach der erfolgten Abtretung eintritt.

Man wird die gegebene Situation mit der für Fall (2) der Aufrechnung dargelegten vergleichen können (oben S.101). Dort rechnete der Darlehensnehmer seinen Anspruch gegen eine Forderung des Darlehensgebers auf. Gegenständlich hatte er auch hier das Darlehen nicht erhalten und war doch durch die Aufrechnung aus § 607 I BGB verpflichtet (vgl. auch unten zum finanzierten Abzahlungskauf).

Im Fall der Abtretung ist die vom Zedenten und Darlehensnehmer eingegangene Rückleistungspflicht dahingehend auszulegen, daß er nur verpflichtet sein will, wenn der Darlehensgeber seiner Zahlungspflicht nachkommt, d.h., an den Zessionar zahlt. Folgt man dieser Auslegung nicht, so kann in der Abtretung eine anderweitige Erfüllungsvereinbarung liegen, die spätestens in dem Zeitpunkt

zustande kommt, in dem der Darlehensgeber an den Zessionar zahlt. In dieser Weise kann die Abtretung des Darlehensanspruchs erfolgen, sofern nicht ein Abtretungsverbot i. S. des § 399 BGB vereinbart ist.

3. Die Abtretung nach der Realvertragstheorie

Hier geht es um die Abtretung des vorvertraglichen Anspruchs, der auf Abschluß eines Darlehensvertrags gerichtet ist. Eine volle Abtretung würde zur Inhaltsänderung bezüglich der Person des künftigen Darlehensnehmers führen, denn dann wäre der Darlehensgeber verpflichtet, mit dem Zessionar den Realvertrag abzuschließen. Eine Abtretung mit dieser Wirkung ist aber nach § 399 I Alt. BGB ausgeschlossen⁵⁾.

Dieses Ergebnis ist rechtlich korrekt, führt aber dazu, daß die Realvertragstheorie als unpraktikabel angesehen werden muß; die Praktikabilität zählte aber gerade zu den Hauptargumenten, die für diese Theorie sprechen sollten (s. oben S. 32 ff.). Man war unter den Vertretern der Realvertragstheorie daher bemüht, die Zession wenigstens in beschränktem Umfang zuzulassen. Sie haben daher verschiedene Konstruktionen entwickelt, um die Abtretung dogmatisch plausibel zu machen.

Am einfachsten scheint die Abtretung möglich, wenn man, wie Adler⁶⁾, den Realvertrag für sukzessiv vollziehbar

5) BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 3; Blaß S. 65; Crome System II S. 596; Partiarische S. 374; ähnl. Eisele ZSR. aaO S. 39; Eulau S. 33; Franck S. 19; Hilbert S. 47 ff.; Regelsberger IhJB. 52, 417; Serick II § 26 III 1 S. 357; Siber IhJB. 70, 248; Staudinger-Riedel § 610 Anm. 3; Wommelsdorff-Friedrichsen S. 87-89; OAG Oldenburg Sueff.Arch. 19 Nr. 35; OLG Hamburg Sueff.Arch. 53 Nr. 99; Sternberg IhJB. 62, 396

6) IhJB. 31, 202

hält. Wenn hierbei das obligatorische Element des Realvertrags existent ist, verbleibt aus dem Vorvertrag der bloße Valutaanspruch, den man für abtretbar hält⁷⁾, obwohl durchaus bezweifelt wird, daß es ein solches "nacktes Summenrecht" aus dem Vorvertrag überhaupt gibt⁸⁾. Bezeichnenderweise geht Adler⁹⁾ selbst diesen Weg der Abtretung nicht. Er räumt dem Zessionar ein "Subrecht" ein, das lediglich als ein Zessionssurrogat, nicht aber als Zession angesehen werden kann. Der "Zessionar" erlangt keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Darlehensgeber, sondern nur einen Anspruch aus dem "Subrecht" gegen den Darlehensnehmer¹⁰⁾. Die Vertragsbeziehungen werden sämtlich zwischen den Parteien des Darlehensvertrags vollzogen. Ihm steht allerdings das Recht zu, die Auszahlung der Valuta als Stellvertreter des Darlehensnehmers zu verlangen. Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, daß sämtliche Elemente des Realvertrags "inter partes" vollzogen werden, denn die Stellvertretung wirkt für und gegen den Darlehensnehmer¹¹⁾.

Auf einen anderen Weg verweist Franck über den Vorvertrag zugunsten Dritter¹²⁾, § 328 BGB. Auch diese Ansicht

7) Kreß I S. 502; Ludwig S. 19; Planck-Siber § 399 Anm.1

8) RGZ 68, 355; völlig ablehnend BGH NJW 1975, 444

9) IJb. 31, 364

10) IJb. 31, 365

11) Diese Lösung ist nur dann praktikabel, wenn man den temporär auseinanderfallenden Realvertrag zuläßt; sie wird jedoch wegen des Vertretungselements nicht realisierbar sein, wenn auf diese Weise im Massenverkehr verfahren werden soll. Im übrigen muß bezweifelt werden, ob darin überhaupt eine Abtretung im oben definierten Sinn liegt, denn der "Zessionar" erlangt keine Gläubigerstellung gegenüber dem Kapitalgeber.

12) aaO. S. 25; dem Dritten (Zessionar) wird das Valutarecht aus dem Vorvertrag zugestanden, während die Rückleistungspflicht beim Darlehensnehmer verbleibt. Über § 332 BGB kann der Austausch oder die Benennung des Dritten vorbehalten bleiben.

führt jedoch nicht zu in jeder Hinsicht befriedigenden Ergebnissen, denn sie setzt voraus, daß man bei Abschluß des Vorvertrags bereits eine Zession ins Auge faßt, was nur höchst selten der Fall sein dürfte¹³⁾.

Schließlich wurde eine Zession im Wege der Anweisung, §§ 783 ff. BGB, in Erwägung gezogen¹⁴⁾. Anweisender ist der Darlehensnehmer, Angewiesener der Darlehensgeber und Anweisungsempfänger der "Zessionar". Er erhält jedoch nur dann einen Anspruch gegen den Darlehensgeber, wenn dieser die Anweisung angenommen hat, § 784 BGB. Andernfalls ist ein Anspruchserwerb nicht selbstverständlich, § 787 Abs. 2 BGB und damit auch die Gläubigerstellung des Empfängers¹⁵⁾.

Die Abtretbarkeit wird auch in der Rechtsprechung bejaht¹⁶⁾.

Das Reichsgericht äußerte in seinem Urteil vom 7.10.1907 zwar zunächst Bedenken¹⁷⁾, da es die Existenz eines "nack-

13) Wenn eine derartige Zession mangels Bedürfnisses bei Abschluß des Vorvertrags nicht ins Auge gefaßt wird, dürfte es schwer fallen, sie überhaupt zu vollziehen.

14) BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 3; Franck S. 25-27; Regelsberger IhJB. 52, 418

15) Im übrigen bleibt auch die Art und Weise, in der der Realvertrag abgeschlossen werden soll, unklar. Regelsberger (aaO. S. 418) führt dazu aus, der Darlehensnehmer müsse sich den an den Zessionar gezahlten Betrag anrechnen lassen. Franck (s.28) hält es für formalistisch, die Anweisung im Hinblick auf den Vorvertrag für unzulässig zu halten, weil durch die Anweisung nur die Summe geleistet werde und dadurch gemäß § 787 BGB die Schuld erlischt. Die Anweisung werde vielmehr für den Darlehensnehmer auf dessen Rechnung vorgenommen und müsse daher der Zahlung an ihn gleich geachtet werden.

16) RGZ 68, 355

17) RGZ 66, 361/62

ten Rechts auf Summenzahlung" bezweifelte. In der darauffolgenden Entscheidung vom 11.5.1908¹⁸⁾ stellte es dagegen fest, daß ein reiner Zahlungsanspruch aus dem Vorvertrag nicht abgetreten werden könne, weil er nicht bestehe. Der Darlehensnehmer habe aber einen Zahlungsanspruch mit der Maßgabe, daß er für die Zahlung Darlehensschuldner werde. Dieser sei abtretbar und der Zessionar erhalte durch die Abtretung die Ermächtigung, die Zahlung für den Zedenten als den künftigen Darlehensschuldner entgegenezunehmen. Kritische Stimmen haben darauf hingewiesen, daß hierdurch der Anspruch auf eine rechtlich einheitliche Leistung in zwei verschiedene Ansprüche aufgespalten werde¹⁹⁾.

Man wird diese Lösung jedoch gegenüber den anderen vorgeschlagenen Lösungen von der Realvertragstheorie für eine der besten halten können. Sie erhält den Realvertrag als Einheit, wobei das reale Schuldverhältnis über die Ermächtigung des Zessionars bei der Zahlung an diesen entsteht²⁰⁾.

Ungereimtheiten ergeben sich jedoch aus dieser Rechtsprechung bei der Verwirklichung des abgetretenen Anspruchs im Klageweg. Denn klagebefugt ist der Zessionar als In-

18) RGZ 68, 355-357; ähnl. Enn.-Lehmann S. 580; Leonhard § 100 S. 191; BGB-RGRK-Wilde § 610 Anm. 3; Serick II S. 358; im Anschluß: RG JW 08, 676; 10, 747; RG Gruch. 53, 838; RGZ 77, 407; Mattuschka S. 36

19) Boehmer ArchBürgR. 38, 331; Kohler ArchBürgR. 33, 16

20) zwar hat das RG offensichtlich nicht berücksichtigt, daß darin eine Verpflichtungsermächtigung liegt, weil der Zessionar ermächtigt ist, im eigenen Namen den Realvertrag mit verpflichtender Wirkung für den Zedenten zu schließen. Dies ist indessen unbedenklich, weil die notwendige Offenkundigkeit für den Darlehensgeber vorhanden ist, der weiß, daß der Darlehensnehmer Rückleistungsschuldner bleibt.

haber des Rechts. Daneben gesteht jedoch das Reichsgericht im Urteil vom 20. November 1911²¹⁾ auch dem Darlehensnehmer eine Klagemöglichkeit zu, wenngleich nur mit der Maßgabe, daß Leistung an den Zessionar verlangt werden kann. Diese Entscheidung muß als Auswirkung der mißlichen Spaltung des vorvertraglichen Anspruchs gesehen werden²²⁾.

Die Abtretung ist nach der Realvertragstheorie also nur unter außergewöhnlichen Schwierigkeiten möglich.

21) RGZ 77, 407/08

22) Dem Darlehensnehmer und Zedenten verbleibt nämlich das Recht, die Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung zu verlangen. Klagt also der Zessionar, so macht er teilweise ein eigenes Recht (Summenrecht) und teilweise ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend, wozu er durch die Zession ermächtigt ist. Er ist im Prozeß insoweit gewillkürter Prozeßstandschafter; die gewillkürte Prozeßstandschaft ist mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit der Popularklage aber nur dann zulässig, wenn ein rechtliches Interesse des Prozeßstandschafters vorliegt. Außerdem setzt sie Übertragbarkeit des Anspruchs voraus (Stein-Jonas Bem. 7 vor § 50 II). Gerade der Anspruch auf Abschluß des Realvertrags ist wegen des Kreditverhältnisses nicht übertragbar. Es bleibt im übrigen, auf den Zeitverlust hinzuweisen, der durch § 894 ZPO verursacht wird.

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher

Arndts, Ludwig

Lehrbuch der Pandekten, 9. Auflage, Stuttgart 1877

Baur, Fritz

Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Auflage, München 1973

Blomeyer, Karl

Zwangsvollstreckung, 2. Auflage, Berlin 1956

Böhm-Bawerk, Eugen von

Kapital und Kapitalzins, 2. Abteilung, Positive Theorie des Kapitals, 1. Band, 4. Auflage, Jena 1921

Brinz, Alois

Lehrbuch der Pandekten, 2. Band 1. Abteilung, 2. Auflage, Erlangen 1879

Cosack, Konrad

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren und Schuldrecht, 1. Band, 7. Auflage, Jena 1922

Crome, Carl

System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, Leipzig 1902
zitiert: Crome, System II

Dernburg, Heinrich

Pandekten, 2. Band, 6. Auflage, Berlin 1900

Dernburg, Heinrich

Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Abteilung, 3. Auflage, Halle 1905

Endemann, Friedrich

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse, 1. Band, 8. Auflage, Berlin 190

Enneccerus-Lehmann

Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 14. Bearbeitung, Tübingen 1954

Enneccerus-Nipperdey

Allgemeiner Teil des BGB, Lehrbuch, 2. Halbband,
15. Auflage, Tübingen 1960

Esser, Josef

Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Band, 4. Auflage,
Karlsruhe 1970
Besonderer Teil, 2. Band, 4. Auflage,
Karlsruhe 1971

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht, 5. Auflage, Berlin, New York 1974

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des BGB, II. Band, Das Rechtsge-
schäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965

Guhl, Theo

Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage,
Zürich 1957

Heck, Philipp

Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
zitiert: Heck, Schuldrecht

Henle, Rudolf

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht,
Rostock 1934

Kreß, Hugo

Lehrbuch des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts
2 Bände, München und Berlin 1929 und 1935

Kuhlenbeck, Ludwig

Das BGB für das Deutsche Reich, 1. Band, 2. Auflage,
Berlin 1903

Larenz, Karl

Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 2. Auflage, München 1972

Larenz, Karl

Lehrbuch des Schuldrechts,
Allgemeiner Teil, 10. Auflage
Besonderer Teil, 10. Auflage
München 1970 und 1972

Leonhard, Franz

Besonderes Schuldrecht des BGB, 2. Band
München und Leipzig 1931

Medicus, Dieter

Bürgerliches Recht, 6. Auflage, Köln, Berlin,
Bonn, Mainz 1973

Pernice, Alfred

Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kai-
serzeit, 3. Band, 1. Abteilung, Halle 1892

Puchta, F.G.

Pandekten, 12. Auflage, Leipzig 1877

Schönke-Baur

Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage,
Karlsruhe 1969

Schollmeyer, Friedrich

Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB,
2. Auflage, Berlin 1904

Siber, Heinrich

Grundriß des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht,
II. Band, Leipzig 1931

Thöl, Heinrich

Das Handelsrecht, 1. Band, 6. Auflage
Leipzig 1879

Tuhr, Andreas von

Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen
Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, München, Leipzig 1914

von Vangerow

Lehrbuch der Pandekten, Heidelberg 1846/47

Westermann, Harry

Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1973

Wieczorek, Bernhard

Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsrecht,
2. Auflage, Berlin 1966

Windscheid-Kipp

Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 9. Auf-
lage, Frankfurt 1906, Neudruck: Aalen 1965

Wolff-Raiser,

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht,
10. Bearbeitung, Tübingen 1957

Wolf, Ernst

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Lehrbuch, Köln, Bonn, Berlin, München 1972

Wolf, Ernst

Lehrbuch des Sachenrechts, Köln, Berlin, Bonn,
München 1971

II. Kommentare

Achilles-Greif

Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, Berlin 1958

Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann

Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz,
32. Auflage, München 1974

Becker, H.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
Obligationenrecht, I. Abteilung: Die einzelnen
Schuldverhältnisse, Art. 184 - 551, Bern 1934

Böhle-Stamschräder

Konkursordnung, Kommentar, 10. Auflage,
München 1972

De Boor, Hans-Otto

Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Recht der
Schuldverhältnisse, Sachenrecht, I. Band, 2. Auf-
lage, Wiesbaden 1954

Erman, Walter

Handkommentar zum BGB, 5. Auflage, 1. Band,
Münster 1972, zitiert: Erman-Verfasser

Jansen, Paul

Freiwillige Gerichtsbarkeit, III. Band, 2. Auf-
lage, Berlin 1971

Oertmann, Paul

BGB, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 2.
Abteilung (§§ 433 - 853), 5. Auflage, Berlin 1929

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch, 34. Auflage, München 1975
zitiert: Palandt-Verfasser

Planck's

Kommentar zum BGB, II. Band, 1. und 2. Hälfte,
Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin
und Leipzig 1914 und 1928
zitiert: Planck-Verfasser

Reichsgerichtsrätekommmentar

Das BGB, Kommentar der Reichsgerichtsräte und
Bundesrichter

- I. Band, 1. Teil, §§ 1 - 240
2. Teil, §§ 341 - 432
11. Auflage, Berlin 1959/60
II. Band, 1. Teil, §§ 433 - 704
2. Teil, §§ 705 - 853
11. Auflage, Berlin 1959/60
zitiert: BGB-RGRK-Verfasser

Schönenberger, Wilhelm

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
Obligationenrecht, V. Band, 2. Halbband, 10.
Lieferung, Zürich 1930

Soergel-Siebert

Bürgerliches Gesetzbuch
Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240
Band II, Schuldrecht I, §§ 241 - 610
Band III, Schuldrecht II, §§ 611 - 853
zitiert: Soergel-Bearbeiter
10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967 (Bände II und III), 1969 (Band I)

von Staudinger's

Kommentar zum BGB
1. Band, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Auflage 1957
2. Band, Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1 a §§ 241, 243 - 248 (1967)
Teil 1 b § 242 (1961)
Teil 2 §§ 433 - 610 (1955)
Teil 4 §§ 780 - 822 (1960)
11. Auflage, Berlin

Stein-Jonas

Kommentar zur ZPO
1. Band, 19. Auflage, Tübingen 1973
2. Band, 18. Auflage, Tübingen 1956
zitiert: Stein-Jonas-Bearbeiter

Thomas-Putzo

Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz
6. Auflage, München 1972

Warneyer, Otto

Kommentar zum BGB für das Deutsche Reich, I. Band,
2. Auflage, Tübingen 1930

III. Monographien

Beuthien, Volker

Zweckerreichung und Zweckstörung, Tübingen 1969

Blomeyer, Arwed

Studien zur Bedingungslehre, Band I: Über bedingte
Verpflichtungsgeschäfte, Berlin, Leipzig 1939

Boehmer, Gustav

Der Erfüllungswille, München 1910

Breyhan, Christian

Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Recht-
sprechung, Göttingen 1929

Brütt, Lorenz

Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichs-
recht, Berlin 1908

Boehmer, Gustav

Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Auflage,
Tübingen 1965

Collatz, Wilhelm

Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung,
Berlin 1899

Crome, Carl

Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem
und heutigem Reichsrecht, Freiburg 1897
zitiert: Crome, Partiarische

Furtner, Georg

Die vorläufige Vollstreckbarkeit, München 1953

Götschen, Johann-Friedrich

Vorlesungen über des Gemeine Civilrecht,
Göttingen 1843.

Haegerström, Axel

Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrags
nach römischer und naturrechtlicher Anschauung,
Stockholm, Wiesbaden 1965

Henrich, Dieter

Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag,
Berlin, Tübingen 1965

Lammfromm, Hermann

Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag,
Leipzig 1897

Larenz, Karl

Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage,
München 1963

Leser, Hans-Georg

Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis
und Gestaltungsbefugnis bei Leistungsstörungen,
Tübingen 1975

Lübtow, Ulrich von

Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen
und im geltenden Recht, Berlin 1964

Manigk, Alfred

Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939

Oertmann, Paul

Die Rechtsbedingung (condicio juris), Leipzig,
Erlangen 1924

Raape, Leo

Die Wollensbedingung, Halle 1912

Reichel, Hans

Die Maklerprovision, München 1913

Schöninger, Adolf

Leistungsgeschäfte des BGB, Tübingen 1906

Serick, Rolf

Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung,
II. Band, Heidelberg 1963

Stintzing, Wolfgang

Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldver-
hältnisse, Heft 1, Jena 1903

Weber, Hansjörg

Sicherungsgeschäfte, München 1973

IV. Dissertationen

Alexander, Louis

Über die Formen der Darlehensbegründung im
Römischen Recht, Heidelberg 1908

Blaß, Albert

Die Darlehenshingabe im Bürgerlichen Gesetz-
buch, Breslau 1918

Blum, Fritz

Darlehen und Darlehensvorvertrag, Erlangen 1912

Blum, Karl-Heinz

Ein Beitrag zur Lehre vom Vereinbarungsdarlehen
Erlangen 1936

Daubenspeck, Gerd

Die Bedeutung des Rechtsgrundes bei dem abstrakten
Schuldversprechen und dem Vereinbarungsdarlehen,
Marburg 1934

Dumoulin, Herrmann

Rechtsstellung des Minderjährigen im Darlehens-
vertrag, Köln 1925

Ehrlich, Wilhelm

Die Abtretung eines Anspruchs auf Gewährung
eines Darlehens, Breslau 1913

Eulau, Fritz

Das Darlehensversprechen, Marburg 1910

Franck, Paul

Zur Frage der Übertragbarkeit des Anspruchs aus
einem Darlehensvertrag, Heidelberg 1913

Gentz, Kurt

Darlehensvertrag und Sicherheitsleistung,
Königsberg 1934

Glaub, Herbert

Gibt es heute noch Realverträge?, Köln 1934

Heidbrink, Walter

Die Begründung eines Darlehens, Erlangen 1935

Hilbert, Ernst

Zur rechtlichen Natur des Darlehensvertrags,
Göttingen 1919

Hohenstein, Adolf

Zur Darlehenslehre nach BGB, Erlangen 1907

Isermeyer, Kurt

Über Formen der Darlehensbegründung nach BGB,
Rostock 1913

Krahmer

Der Darlehensbegriff des BGB, Halle 1900

Lindgens, Artur

Die Verwandlung in ein Darlehen und ihre praktische
Auswirkung im Rechtsverkehr, Köln 1924

Ludwig, Eugen

Das konsensuale Darlehen, Würzburg 1938

Mattuschka, Hellmuth

Das Darlehen in rechtsvergleichender Untersuchung
Jena 1933

Meyer, Conrad

Die Konsensualnatur des Darlehensvertrags,
Leipzig 1933

Mölders, Hans

Nichtigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft
wegen Sittenwidrigkeit, Münster 1959

Ohlhoff, H.

Das Vereinbarungsdarlehen, Rostock 1934

Pernau, Robert

Die sogenannte Schuldumwandlung in Darlehen,
Göttingen 1930

Pfister, Ernst

Das Darlehensgeschäft, Zürich 1924

Rosenberger, Josef

Der Vertragsschluß beim Darlehen, Köln 1923

Rost, Friedhelm

Probleme der Kondition wegen mißbilligter Leistungs-
annahme und ihres Ausschlusses bei gleichfalls miß-
billigter Leistungshingabe - § 817 BGB, Marburg 1972

Rubehn, Justus

Die zwangsweise Verwirklichung des Darlehens-
Anspruchs, Kiel 1930

Schäfer, Friedrich

Der Darlehensvorvertrag, Freiburg 1902

Scheidwimmer, Max

Ein Beitrag zur Lehre über das Darlehen,
München 1948

Scherler, Paul

Zu § 610 BGB, Beiträge zur Lehre vom Realvertrag
und der clausula rebus sic stantibus, Greifswald 1903

Stuader, Bernd

Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag,
Bielefeld 1968

Stein, Joachim

Das Vereinbarungsdarlehen, Rostock 1935

Storch

Der heutige, insbesondere der landrechtliche Dar-
lehensvertrag, Berlin 1878

Trembolter, Philipp

Das Darlehen nach deutschem Reichsrecht,
Greifswald 1918

Vogel, Ulrich

Die Aufrechterhaltung eines wucherischen Darlehens,
München 1948

Weber, Kurt

Realkontrakt und Vorvertrag, Breslau 1924

Westermann, Harm-Peter

Die Causa im französischen und deutschen Zivil-
recht, Göttingen 1964
zitiert: Westermann, Causa

Wommelsdorff-Friedrichsen, Willy

Vorverträge und Realkontrakte, Jena 1909

V. Aufsätze in Zeitschriften; sonstige Abhandlungen

Adler, Karl

Realkontrakt und Vorvertrag in IhJB. 31, 190 ff.

Affolter, A.

Das verzinsliche Darlehen in ArchBürgR. 26, 1 ff.

Bernhardt

Das Wucherdarlehen in ZAKDR 39, 680

Bettermann, Karl-August

Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten
Dritter in JZ 51, 321

Boehmer, Gustav

Realverträge im heutigen Recht in ArchBürgR.
38, 314

Brinz, Alois

Die Lehre vom contractus aestimatorius in
Kritische Blätter civilistischen Inhalts in
zwanglosen Heften, Nr. 1, Erlangen 1852

Caemmerer, Ernst von

Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB in
SJZ 1950, 646

Caemmerer, Ernst von

Girozahlung?
JZ 53, 446

Cohn, L.

Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des BGB
Gruch. 41, 784

Degenkolb, Heinrich

Zur Lehre vom Vorvertrag
AcP 71, 1 ff.

Demelius, Gustav

Realkontrakte im heutigen Recht
IhJB. 3, 399

Diesel, Wolfgang

Richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen Bankkunden zweckmäßig in die nichtvalutierten Kreditsicherheiten oder in den Kreditanspruch
JW 33, 2503

Diesel, Wolfgang

Pfändbarkeit des Kreditanspruchs
JW 34, 206

Dilcher, Herrmann

Die Vollstreckung der Abgabe einer Willenserklärung
ZZP 67, 210 ff.

Dölle, Hans

Neutrales Handeln im Zivilrecht in
Festschrift für F. Schulz 1951, Band II, S. 268

Eccius, Max Ernst

Kondiktion des Wucherers nach Bürgerlichem Gesetzbuche
DJZ 1903, 41

Eisele, F.

Zur Lehre von den condiciones juris
AcP 54, 113

Eisele, F.

Über Realcontracte in:
Zeitschrift für Schweizerisches Recht,
Neue Folge, Band III, Basel 1884
zitiert: Eisele, ZSR

Farnbacher

Das Darlehen
Seuff. Bl. 63, 506

Genzmer, Erich

Zur Lehre vom verzinslichen Darlehen
ACP 137, 194

Gierke, Otto von

Dauernde Schuldverhältnisse
IhJB. 64, 355 ff.

Giesing, Hans-Horst

Abzug eines Damnums beim privaten Geldnehmer
BB 64, 592

Graff

Kann der Wucherer das von ihm Geleistete
zurückverlangen?
DJZ 1908, 1102

Hammes, Klaus

Das Problem des § 817 Satz 2 BGB
JR 50, 11

Heck, Philipp

Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Be-
reicherungsansprüche
AcP 124, 1

Hoeniger, Heinrich

Zum Vereinbarungsdarlehen
ArchBürgR. 33, 278

Hoff, Joseph

Wann ist das Kapital eines nichtigen Wucherdar-
lehens rückforderbar?
AcP 156, 483

Jacoby, M. S.

Das Wuchergeschäft
IhJB. 60, 237

Kaufmann

Hat der Wucherer kein Rückforderungsrecht?
DR 18, 119

Kinne, H.

Der contractus mohatrae
Gruch. 56, 463

Klausing, Friedrich

Der Krediteröffnungsvertrag in:
Sonderheft des 6. Jahrgangs der Zeitschrift
für ausländisches und internationales Privat-
recht, Deutsches Landesreferat zum internationalen
Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag, 1932,
S. 77 ff.

Klemperer

Zu § 607 II BGB
Gruch. 43, 567

Koch, Arwed

Pfändbarkeit des Kreditanspruchs
JW 33, 2757

Koeppen, Albert

Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden
IhJB. 11, 139

Kohler, Josef

Über das Konsensualdarlehen
ArchBürgR. 2, 211

Kohler, Josef

Das Vereinbarungsdarlehen
ArchBürgR. 33, 1

Kuhlenbeck, Ludwig

Das Darlehen
JW 1904, 377

Laufke, Franz

Vertragsfreiheit und Grundgesetz in
Festschrift für H. Lehmann, Band I, 1956, S. 145 ff.

Lenel, O.

Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick
auf den Entwurf des BGB)
ACP 74, 212

Lenel, O.

Nochmals die Lehre von der Voraussetzung
ACP 79, 49

Lübbert, E.

Der Kreditvertrag
IhJB. 52, 313 ff.

Marcuse, Alexander

Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf
das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft
Gruch. 66, 159 ff.

Mügel, Oskar

Baugeldverwendung und Baubuch
Gruch. 54, 1

Nastelski, Karl

Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts
Jus 62, 294

Neumann-Duesberg, Horst

Darlehensauszahlung an den unbefugten Hypotheken-
briefüberbringer
BB 66, 308

Neumann-Duesberg, Horst

Irrelevanz des Darlehensstreits
NJW 1970, 1403

Predari, C.

Rezension von Stölzel: Schulung für die civili-
stische Praxis, 9. Auflage, Berlin 1913
Gruch. 57, 733

Raiser, Ludwig

Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz in
Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952,
S. 123 ff.

Regelsberger, Ferdinand

Nachschrift zu Lübbert: "Der Kreditvertrag"
IhJB. 52, 410 ff.

Reichel, Hans

Annahmeverzug des Darlehensnehmers
LZ 1915, 1207 ff.

Schloßmann, Siegmund

Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur
der Realkontrakte
IhJB. 45, 1 ff.

Schönke, Adolf

Die Einwirkung des Konkurses auf Krediteröffnungs-
und Kontokorrentverträge
JW 34, 2745

Schwerdtner, Peter

Noch einmal: Der Verwendungsanspruch des Werkunternehmers bei Reparatur einer bestellerfremden Sache
- BGHZ 51, 250
JuS 70, 64 ff.

Siber, Heinrich

Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit
IhJB. 70, 223 ff.

Simitis, Spiros

Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes
AcP 159, 406 ff.

Sternberg, Leo

Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung
IhJB. 62, 375 ff.

Stölzel, A.

Die Beweislast bei Streit um Darlehenskündigungskosten
ZZP 35, 1 ff.

Unger, Joseph

Realkontrakte im heutigen Recht
IhJB. 8, 1 ff.

Walsmann, Hans

Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung
IhJB. 54, 199 ff.

Windscheid, B.

Die Voraussetzung
AcP 78, 161 ff.

Wüstendörfer, Hans

Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt
AcP 110, 219 ff.

Zunft

Werkförderungsverträge
NJW 58, 1330

VI. Urteilsanmerkungen

Bandmann, Georg

Anmerkung zum Urteil des RG vom 21. März 1938
JW 38, 1331

Baumgärtel, Gottfried

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25. September 1958
MDR 59, 206

Gernhuber, Joachim

Anmerkung zum Urteil des OLG Nürnberg vom 20.11.58
JZ 59, 314

Raiser, Ludwig

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. Juni 1951
JZ 51, 718

Schütz, Wilhelm

Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 1.3.1968
NJW 69, 327

Süss, Theodor

Anmerkung zum Urteil des RG vom 18. September 1934
JW 34, 3126

VII. Gesetzesmaterialien

Entwurf

des BGB für das Deutsche Reich, 2. Lesung, 1. Band
Buch I - III, Berlin 1894

Motive

zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für
das deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuld-
verhältnisse, Berlin, Leipzig 1898

Mugdan

Die gesamten Materialien zum BGB, Recht der Schuld-
verhältnisse, Berlin 1899

Lebenslauf

Ich wurde am 3. November 1948 als Sohn des Richters Martin Dittrich und seiner Ehefrau Ursula Dittrich, geb. Blaeschke in Gießen geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in den Jahren 1955-1959 wechselte ich auf das humanistische Landgraf-Ludwigs-Gymnasium in Gießen, wo ich am 15. Juni 1967 das Abitur bestand.

Im Wintersemester 1967/68 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität in Gießen und war zwei Semester lang Mitglied des Studentenparlaments. Vom Wintersemester 1969/70 an setzte ich mein Studium an der Philipps-Universität in Marburg/L. fort und bestand das erste Juristische Staatsexamen am 23. Juli 1972.

Am 1. September 1972 trat ich in den Juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht in Gießen ein. Dieser wurde vom 1. Juni 1973 bis zum 31. Mai 1974 zur Erstellung der Dissertation unterbrochen und in Kassel, Marburg und Gießen fortgesetzt. Am 30. Januar 1976 bestand ich die zweite Juristische Staatsprüfung und bin seit dem 1. April 1976 als Richter am Landgericht in Gießen tätig.

